

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

THESE DE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le 19 mars 1895, à 9 heures

PAR

François-Lucien CHAMPOUILLON

Président : M. GARSONNET, *professeur.*

Suffragants : { MM. LARNAUDE, *professeur.*
THALLER, *professeur.*
MASSIGLI, *professeur.*

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

PARIS, 48, RUE SOUFFLOT, 48, PARIS

1895

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

THÈSE DE DOCTORAT

PUBLIÉE SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

obtenue le 19 mars 1895, à 9 heures

PAR

François - Lucien **CHAMPOUILLON**

Président : GARSONNET, professeur.

Suffragants : { MM. LARNAUDE, professeur-adjoint.
THALLER, agrégé.
MASSIGLI, professeur, agrégé.

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

PARIS, 18, RUE SOUFFLOT, 18, PARIS

1895

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

L'un des avantages les plus précieux du droit de disposer, est de permettre au propriétaire d'assurer le bien-être, après lui, des personnes qui lui sont chères, et en particulier de son époux. Mais si ce sentiment est parfaitement respectable, il y en a un autre qui mérite également protection, et qu'un législateur prévoyant doit sauvegarder ; c'est celui de la famille du disposant. Si les libéralités quelconques que fait sur son patrimoine l'un de ses membres peuvent lui causer préjudice, combien n'est-elle pas plus exposée à se voir sacrifiée par celles qui sont adressées à l'époux. La passion, la faiblesse de caractère, l'égoïsme qui rend souvent l'homme indifférent à des parents éloignés de ses yeux, et qui ne lui fournissent pas, comme son conjoint, l'aide et les soins journaliers ; enfin les fraudes, les rapports mensongers par suite desquels on arrive à concevoir sans bonne raison, des sentiments de froideur et parfois de haine envers ses proches ; toutes ces causes peuvent tendre à déterminer un propriétaire à transporter

toute sa fortune à son conjoint. Or, ce résultat n'est pas seulement contraire aux devoirs que le lien du sang établit entre les parents, il est aussi profondément injuste. Le plus souvent, ces biens dont le propriétaire prive sa famille en faveur d'un étranger, il ne les doit pas à son travail ; il les a reçus gratuitement de cette famille. De telles dispositions, quand elles sont exagérées, constituent une sorte de violation de dépôt.

Le législateur doit donc concilier l'intérêt de la famille avec le désir bien naturel et bien légitime chez le propriétaire d'éviter la misère à son conjoint survivant.

Le droit romain, sur ce point comme sur la plupart des institutions juridiques, a subi des changements profonds. Ces variations successives fourniront le plan de notre étude, qui sera le suivant :

1^{re} partie. — Période primitive commençant aux origines de Rome et s'arrêtant peu après la loi Cincia.

2^e partie. — Période classique, commençant quelque temps après la loi Cincia (il ne nous est pas possible de préciser davantage) et finissant au sénatusconsulte rendu sous Septime Sévère et Caracalla.

3^e partie. — Règlementation établie par ce sénatusconsulte.

4^e partie. — Restrictions particulières apportées au Bas-Empire à la faculté de disposer entre époux, lorsque le donateur est marié pour la seconde fois.

PREMIÈRE PARTIE

Période primitive commençant aux origines de Rome et s'arrêtant
peu après la loi Cincia

Le mariage romain, même dans cette 1^{re} partie, n'engendrait pas de plein droit la *manus* au profit du mari sur la femme : celle-ci conservait sa situation antérieure, demeurant sous la puissance de son père, si elle était fille de famille, ou, au cas contraire, restant *sui juris* et maîtresse de son patrimoine, sauf bien entendu la tutelle perpétuelle de ses agnats. Mais souvent, à cette époque primitive, on procédait à la constitution de la *manus* au profit du mari par les modes ordinaires, *confarreatio*, *coemptio* ou *usus*.

Nous devons distinguer pour notre sujet ces 2 cas :

La femme était-elle *in manu* ? La question de la validité de la donation entre les époux ne peut même pas se poser. En effet, la femme dans ce cas, n'a plus de patrimoine ; tous ses biens se sont absorbés dans celui du mari. La *manus* est en effet analogue à la *patria potestas* : la femme est *loco filiae* par rapport à son mari, comme elle est *loco sororis vis-à-vis* de ses enfants. Donc la femme ne pouvait pas plus aliéner qu'acquérir (Gaius 1, §§ 108 et suiv.).

Mais alors la femme allait donc se trouver dénuée de tout moyen d'existence à la mort de son mari ? Pas du tout, et cela précisément parce qu'elle était sous la *manus* de son mari, et considérée comme sa fille de famille. La

femme arrivait à la succession de son mari comme *heres sua*, en concours et sur un pied d'égalité avec ses enfants.

Au surplus, la *manus* finit par tomber en désuétude, les filles ne se souciant pas plus d'abdiquer leur indépendance, de se dépouiller de leur patrimoine, que les pères de famille de perdre leur puissance paternelle sur leurs filles.

Si la femme n'était pas *in manu*, rien ne l'empêchait d'être gratifiée par son mari ni de lui faire elle-même des libéralités. Ayant un patrimoine, elle pouvait acquérir et aliéner. L'abus d'influence du mari sur la femme en vue de lui arracher des libéralités, n'était pas à craindre à cette époque, à raison de la tutelle des agnats. La femme ne pouvait aliéner qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur qui était en même temps son plus proche agnat. Dans ces conditions il est clair que les libéralités devaient être extrêmement rares, et que le législateur fut peu sollicité d'en prévenir l'abus.

Non seulement la donation entre époux, à l'époque où nous nous plaçons, était permise, mais elle était même favorisée. En effet, la loi Cincia, qui restreignait la faculté de donner à un certain *modus*, exceptait de cette restriction certaines personnes, au nombre desquelles, dans l'opinion de la majorité des interprètes, figuraient les époux, *vir et uxor* (Fragments du Vatican, § 302).

DEUXIÈME PARTIE

Période classique, commençant quelque temps après la loi Cincia et finissant à l'oratio Antonini.

Les donations entre époux que la loi Cincia avait non seulement maintenues, mais encore favorisées, furent peu à peu interdites par la coutume : « *Moribus apud nos receptum est*, dit Ulpien, *ne inter virum et uxorem donationes valerent* » (1 princip. D., à notre titre).

D'où vient ce revirement dans la législation ? Les jurisconsultes le disent nettement : on craignait l'abus d'influence de l'un des conjoints sur l'autre, en vue de se faire gratifier par ce dernier et de s'enrichir à ses dépens. Avec la facilité dont on divorçait à Rome, quoi de plus simple pour un époux peu scrupuleux que de menacer l'autre d'une répudiation, s'il ne lui donnait pas une partie ou même la totalité de sa fortune ? (L. 2 D. *ibid*).

Nous avons dit que la prohibition apparut peu après la loi Cincia. Puisqu'il s'agit d'une règle coutumière, il est évident qu'on ne saurait lui assigner une date fixe : c'est là précisément ce qui caractérise la coutume et la sépare du *jus scriptum*. Pourtant nous ne croyons pas qu'elle soit de beaucoup postérieure à cette loi. En effet, comme le dit Paul dans la loi précitée (L. 2 D. à notre titre), la règle fut principalement établie pour empêcher l'un des

époux de se faire payer par l'autre pour persister dans le lien conjugal : *Sæpe futurum esset ut discuterentur matrimonia* ». Donc l'innovation dut s'accomplir en même temps que le divorce devenait une institution pratique. L'abus du divorce apparut dès la fin de la République. C'est à ce moment que le législateur sentit le besoin de réagir contre la profonde décadence des mœurs. Notre prohibition fut conçue dans le même esprit et vraisemblablement à la même époque que les lois Julia et Pappia Poppæa. Or, selon l'opinion générale, c'est aussi vers la fin de la République qu'il faut placer la loi Cincia. Donc notre règle dut suivre cette loi de très près. Au reste, l'histoire nous apprend combien est vain l'effort du législateur, quand les mœurs, bien loin de le seconder, lui sont contraires : *quid leges sine moribus* ! En fait, la prohibition des donations entre époux ne réussit pas plus à maintenir la dignité des mariages que les lois caducaires à en assurer la fécondité.

La loi 1 D. à notre titre (de donat. int. vir. et uxor., liv. 24, tit. 1), ajoute comme autre motif de la prohibition l'entraînement irréfléchi résultant de la passion : « *ne mutuo amore invicem spolientur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se liberalitate* ».

Nous examinerons : 1° l'étendue de la prohibition, 2° ses effets.

CHAPITRE I

De l'étendue de la prohibition.

La portée de la prohibition doit être examinée :

1° Au point de vue des personnes qui concourent à la donation ;

2° Au point de vue des actes qui peuvent constituer la donation.

SECTION I

A quelles personnes s'applique la prohibition ?

Les donations sont défendues *inter virum et uxorem*, c'est-à-dire entre personnes unies par *de justæ nuptiæ*. Cela nous amène à déterminer les conditions de validité du mariage à Rome.

Le droit romain s'écarta, en matière de mariage, de son formalisme ordinaire. Alors qu'en général la volonté ne suffit pas par elle-même pour faire naître des rapports juridiques, et doit revêtir certaines formes extérieures, le

mariage se fait *solo consensu*. En cela il ressemble à une autre union parfaitement régulière et licite, le *concubinat*.

La différence entre ces institutions résulte de l'intention des parties. Dans les *justæ nuptiæ*, la femme prend le rang et la dignité du mari ; elle devient son égale. Dans le *concubinal*, la femme conserve sa situation propre dans la société. *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet*, nous dit Paul (loi 4 D. 25, 7), et le même jurisconsulte ajoute dans ses Sentences (II,20) : *Concubina ab uxore solo dilectu separatur*. Cette intention des parties se manifeste extérieurement, 1° par le titre de *vir et d'uxor* qui ne s'applique pas aux *concubins*, 2° par l'*individua vitæ consuetudo*, c'est-à-dire par la complète communauté d'existence tant au point de vue social que dans les rapports entre les conjoints.

A l'appui de ce caractère purement consensuel du mariage romain, nous invoquerons la loi 30 Code de reg. jur., 50,17, où nous lisons : « *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* ». (Voir dans le même sens, les lois 15, D. 25, 1 ; 32, D. 24, 1 ; 3, pr. Code, 5, 17).

La loi 66 pr. D. 24, 1, vient fournir un argument, à nos yeux décisif, en faveur de cette opinion. Seius et Sempronius devant se marier tel jour, Seius a fait une donation à Sempronius avant la *deductio mulieris in domum mariti*, et avant la rédaction de l'*instrumentum dotale* ou *nuptiale*. Aux termes de ce texte, peu importe l'époque de la conduite de la femme chez le mari, ou celle de la rédaction de l'acte destiné à prouver la dot ou le mariage : ce qu'il faut regarder, c'est l'époque du mariage ; or, le mariage est

contracté par cela seul qu'il y a consentement des parties. Donc si la donation est postérieure au moment où s'est produit le concours des volontés, elle est nulle, car c'est une donation entre époux ; si elle est antérieure, elle est valable.

Outre le consentement des époux, il faut d'autres conditions : la puberté, le consentement du père de famille, le *connubium*. Si l'une de ces conditions fait défaut, les parties ne sont pas *vir* et *uxor* ; les libéralités qu'elles ont pu se faire sont parfaitement valables. Il y a pourtant une restriction à apporter à cette solution à l'égard de l'époux qui connaissait le vice du mariage et a ainsi violé la loi. Les donations qu'il aura faites à l'autre époux qui est de bonne foi, seront valables ; mais celles qu'il aura reçues seront nulles, car il ne faut pas qu'un délinquant tire enrichissement de sa faute : « *Fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt* ».

Rappelons que la puberté a lieu à 12 ans pour les filles, et que pour les garçons elle fut fixée, après controverse entre Proculiens et Sabinien dans laquelle l'opinion des premiers prévalut, à 14 ans. D'ailleurs, si un impubère se marie, il faut se garder de dire que les libéralités qu'il fera à son conjoint, sont valables, sous prétexte qu'il n'y a pas mariage. En effet, ces libéralités seront nulles pour un autre motif, à savoir que la donation est interdite à l'impubère, et cela quand bien même — ce qui n'est guère probable dans l'espèce — il aurait agi avec l'*auctoritas tutoris*.

Si cet impubère épouse une pubère et en reçoit une donation, cette donation est valable puisqu'il n'y a pas

mariage ; elle demeurera valable alors même que la puberté surviendrait, les parties étant encore unies. Cette confirmation du mariage a lieu sans effet rétroactif ; il en résulte que les donations déjà faites resteront valables, et que c'est seulement pour la suite que la prohibition s'appliquera.

Les personnes soumises à la puissance de l'un des époux, ne peuvent pas être gratifiées par l'autre. Ainsi Seia qui a épousé Titius ne peut faire une donation à Stichus, esclave de Titius. En effet une personne en puissance n'acquiert pas pour elle-même, mais pour son chef. Sa capacité d'acquérir n'existe que par reflet ; il l'emprunte au titulaire de la puissance. Si donc le maître est incapable, l'esclave l'est aussi. On comprend qu'autrement il aurait été par trop aisé d'éluder la prohibition.

Ce que nous venons de dire de l'esclave s'appliquerait de la même manière aux enfants *in potestate*. Il résulte de là que la femme mariée ne peut pas faire de donation aux enfants de son mari qui sont en puissance de ce dernier : peu importe que ce soient des enfants d'un premier lit ou des enfants communs. Plus tard, lorsque César eut créé le pécule castrense, catégorie de biens à l'égard desquels le fils de famille était considéré comme propriétaire, une femme mariée put parfaitement faire une donation au fils qu'elle a eu de son mari, et qui est encore en puissance de celui-ci, lorsque ce fils se trouve à la tête d'un pécule castrense.

Il faut remarquer que le droit romain, à la différence de notre Code civil, n'a pas établi de présomption d'inter-

position de personnes (L. 25 *de his quæ ut indignis*). Il était donc assez facile d'éluder la prohibition, en donnant à un tiers qu'on chargeait de remettre au conjoint.

Certes, cela était dangereux pour les époux, car l'étranger donataire apparent, pouvait par cupidité nier cette sorte de dépôt et garder le tout. Mais, s'il était de bonne foi, il faut reconnaître qu'il y avait ici un moyen singulièrement facile de tourner la prohibition. Sans doute, rien n'empêchait les héritiers du donateur de prouver par toute espèce de moyens que la personne gratifiée n'était qu'un donataire apparent, que la libéralité s'adressait en réalité à l'époux du donateur, et de la faire annuler. Mais cette preuve était souvent fort difficile, car la bonne foi se présume toujours.

Comme exemples d'interposition de personnes, nous citerons les cas suivants :

1^o Je donne une chose à un tiers quelconque, à charge de la restituer à ma femme ;

2^o Sachant que Primus veut me faire une libéralité, je le prie de la faire à ma femme ;

3^o Je charge mon débiteur de se libérer entre les mains de ma femme (L. 3, § 12 à notre titre).

La prohibition des donations ne fut pas étendue par la coutume aux concubins. Toutefois il s'introduisit peu à peu des restrictions à la liberté absolue de disposer même entre ces personnes.

Ainsi, nous voyons au *Digeste* (L. 2 à notre titre), qu'un militaire peut révoquer la donation qu'il a faite à sa concubine.

Aux termes de certaines constitutions impériales (L. 2, Code v, 27), lorsqu'on avait des enfants légitimes, ou son père ou sa mère, on ne pouvait donner à sa concubine qu'une *semi uncia*, et, si on voulait gratifier à la fois sa concubine et les enfants qu'on en avait eus, on ne pouvait leur donner au total qu'une *uncia*.

SECTION II

A quels actes s'applique la prohibition

La prohibition s'applique aux donations. On considère comme donation, tout acte par lequel une personne se dépouille au profit d'une autre personne « *animo donandi* ». Il faut donc 3 conditions pour qu'un acte tombe sous le coup de la prohibition :

- 1° Qu'il soit fait *animo donandi* ;
- 2° Qu'il appauvrisse le donateur ;
- 3° Qu'il enrichisse le donataire.

Donc la prohibition ne s'applique pas :

- 1° Aux actes où on ne trouve pas l'intention libérale, l'*animus donandi*.

Par exemple, ayant besoin d'argent, je vends à ma femme mon cheval à vil prix : il est clair que je ne lui fais pas une donation. Ayant besoin d'un esclave, j'en achète un

à ma femme à un prix exagéré : il n'y a pas davantage libéralité. Ces actes s'expliquent par la nécessité où je me trouve. Si je ne les avais pas contractés avec ma femme, je les aurais conclus avec un tiers et la perte aurait été la même pour moi. De même, l'époux institué héritier, et grevé d'un legs au profit de l'autre, ne lui fait pas une libéralité en exécutant ce legs.

2° Aux actes dans lesquels il n'y avait pas appauvrissement de l'une des parties.

Titius donne à sa femme Seia une chose qui appartient à un tiers. Titius sait parfaitement que la chose ne lui appartient pas, mais sa femme croit qu'elle lui appartient. Seia pourra usucaper, car cela n'appauvrira nullement son mari Titius qui n'avait pas le droit de propriété sur le fonds, ni même l'espoir de l'acquérir.

Mais si Titius était lui-même *in causa usucapiendi*, la libéralité n'est pas valable, parce qu'il y a vraiment appauvrissement, Titius s'étant dépouillé de la possibilité où il se trouvait d'acquérir la chose. Ce dernier point est pourtant controversé. Certains interprètes soutiennent que la libéralité vaut, et ne constitue pas une donation proprement dite ; Titius a plutôt manqué de gagner que perdu, puisqu'il n'était pas propriétaire, mais simplement en voie de le devenir. J'objecte la loi 3 D, *pro donato*, où nous voyons que la femme peut usucaper la chose d'autrui qui lui a été donnée par son mari, mais à la condition que cette acquisition n'appauvrisse pas son mari. Cette condition qu'ajoute le texte n'a aucun sens, ou elle veut dire qu'il peut arriver

que l'usucapion de la femme appauvrisse le mari, auquel cas la donation ne serait pas valable. D'ailleurs celui qui est *in causa usucapiendi* est loin de n'avoir aucune espèce de droit. Il pouvait constituer des hypothèques subordonnées à la réalisation de l'usucapion par le constituant (L. 21, § 1, D. de pign.), et il avait à son service, pour recouvrer la possession de la chose, l'action publicienne, qui supposait chez lui, par fiction, la qualité de propriétaire.

Titius est appelé à recueillir la succession de Sempromius en concours avec sa femme Seia. Il répudie l'hérédité afin de permettre à sa femme d'en bénéficier pour le tout *jure accrescendi*. Il n'y a pas donation. Titius manque de gagner, mais il ne s'appauvrit pas. Donc l'avantage résultant pour Prima de cette renonciation, est valable; « *neque enim pauperior fit qui non acquirit, sed qui de patrimonio suo deposuit* » (L. 5, § 13 à notre titre); et le § 16 de la même loi ajoute : « *Quum igitur nihil de bonis erogatur recte dicitur valere donationem. Ubi cumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, valet* ».

3° Il n'y avait pas non plus donation, et par conséquent la disposition entre époux était valable, lorsqu'elle n'enrichissait pas le donataire.

Par exemple :

a) Une femme aliène à son mari « *animo donandi* » une certaine somme d'argent destinée à pourvoir aux frais de représentation qu'occasionnera une fonction honorifique à laquelle il est appelé. La femme s'appauvrit, et cela *animo donandi*, puisqu'elle n'a pas l'intention de se faire rem-

bourser par son mari. Cependant, il n'y a pas donation, parce que le patrimoine du mari n'en est pas augmenté, (L. 42 à notre titre).

b) On peut supposer encore que l'un des époux aliène à l'autre un terrain destiné à servir de sépulture (L. 5, § 8 à notre titre). Ce terrain sort du patrimoine du disposant, mais il n'entre pas dans celui de l'acquéreur, car, devenant une *res religiosa et divini juris*, il se trouve placé *extra commercium* et indisponible pour son propriétaire.

c) Titius donne à Seia un esclave, à charge de l'affranchir. La donation est valable, car Seia n'en tire aucun profit (Paul, Sentences, II, 23 § 2). Il y a même ceci de remarquable, que Seia, après avoir acquis l'esclave, pouvait, comme condition de son affranchissement, lui imposer certaines prestations, soit en argent, soit en services. Il faut reconnaître que ces services augmentent le patrimoine de l'époux chargé de l'affranchissement, et qu'il y a une certaine atteinte à la règle prohibitive ; mais le peu d'importance de ces services, par rapport à la valeur de l'esclave, tout autant que la faveur même des affranchissements qui auraient pu sans cela se trouver retardés, ont fait tolérer cette sorte de donation indirecte.

d) Lorsque l'un des époux souffre un préjudice par cas fortuit, il ne faut pas regarder comme une donation, la dépense que fait l'autre époux pour le réparer. Par exemple, la maison de Seia ayant été détruite par un incendie, Titius *animo donandi* la fait reconstruire à ses frais, Titius s'appauvrit sans doute, mais le patrimoine de Seia

n'est pas augmenté : il est plutôt conservé dans l'état où il était avant le sinistre (Loi 14 à notre titre).

Il n'est pas nécessaire que la donation consiste en un fait actif ; elle peut résulter d'une simple omission ou négligence, et tombe de même sous le coup de la prohibition.

Par exemple, une femme laisse s'éteindre par non usage une servitude qu'elle a sur le fonds de son mari (L. 5 § 6. D. à notre titre). Elle a la *condictio* pour forcer le mari à reconstituer la servitude ou à lui en payer la valeur, (Savigny, *Traité de droit romain*, IV append. 9 et 11).

De même le mari néglige d'opposer à sa femme une exception ou une réplique, et laisse ainsi prononcer une condamnation contre lui, ou une absolution au profit de sa femme : il pourra se faire replacer, au moyen de la *condictio sine causa*, dans l'état où il était avant le jugement. (L. 5 § 7 *ibid* ; Savigny, *ibid*).

On employait parfois, pour éluder la prohibition, le procédé du déguisement dans un contrat onéreux. Cela était d'autant plus facile, qu'il n'y avait pas à Rome, de disposition analogue à notre art. 1595, qui interdit la vente entre époux. Bien entendu les héritiers du mari pouvaient attaquer et faire tomber ces actes onéreux en prouvant qu'ils n'étaient pas sincères et cachaient une donation. La bonne foi se présument, le demandeur en nullité devait prouver la fraude. (L. L. 5 § 5 ; 31 § 3 à notre titre).

Cette preuve étant faite, quel sera le sort du contrat ? Sera-t-il nul pour le tout, ou seulement dans la mesure où il constitue une libéralité ? C'est cette dernière solution

qu'admirent les jurisconsultes, peu favorables à une prohibition que désapprouvaient les mœurs.

Par exemple, Titius, ayant deux esclaves dont chacun vaut 5, les vend tous les deux à sa femme Seia pour la somme totale de 5, et lui en fait mancipation. Titius n'a pu transférer la propriété que dans la mesure où la vente est véritable, c'est-à-dire pour la moitié seulement. Par conséquent, les époux seront désormais copropriétaires par indivis, chacun pour moitié de cet esclave (L. 31 § 2. D. à notre titre).

De même, Titius a vendu à Seia le fonds Cornélien moyennant 100, alors qu'il vaut 300. La vente sera valable, et considérée comme faite pour 300. La remise d'une partie du prix, à savoir d'une somme de 200, qui constitue la libéralité contenue dans l'acte, sera considérée comme nulle (L. 5. D. à notre titre).

SECTION III

Des donations auxquelles ne s'applique pas la prohibition

Nous devons rechercher maintenant les cas exceptionnels où le droit romain permettait entre les époux de véritables donations.

Le caractère général de ces exceptions, c'est qu'on

n'y rencontre pas le motif qui a fait établir la prohibition, à savoir l'abus d'influence de l'un des époux sur l'autre.

Les donations exceptionnellement permises sont :

- 1° Les donations mutuelles.
- 2° Les donations de fruits et intérêts.
- 3° Les dons et présents d'usage.
- 4° Les donations *mortis causa*.
- 5° Les donations pour cause d'exil.
- 6° Les donations testamentaires.
- 7° Les donations *divortii causa*.
- 8° Les additions ou compléments apportés pendant le mariage aux donations *ante nuptias*.

§ 1. — *Des donations mutuelles.*

Les donations entre époux étaient permises lorsqu'elles étaient réciproques. Le motif est que l'opération est plutôt une sorte d'échange, c'est-à-dire un acte onéreux, qu'une double donation : « *negotium potius gestum videri quam donationem intervenisse* » (L. 58 à notre titre, et 43 D. 24. 6). Cette solution devrait être maintenue alors même que l'un des époux aurait dissipé le bien à lui donné, tandis que l'autre s'en serait enrichi (L. 7 § 2 *ibid*).

§ 2. — *Donations de fruits et d'intérêts.*

L'un des époux peut faire à l'autre une donation d'intérêts. Par exemple, le mari remet à sa femme une somme

de 100, en lui en donnant la jouissance. La femme pourra placer cette somme, c'est-à-dire la prêter à intérêts. Elle ne devra restituer au mari que le capital, et s'enrichira des intérêts qu'elle aura perçus (L. 15 § 1 à notre titre).

En ce qui touche les fruits, il y eut des contestations entre les jurisconsultes. Ulpien adoptant la solution de Julien, assimile en notre matière les fruits aux intérêts. Si le mari a remis un fonds à sa femme, en lui faisant donation des fruits, elle s'en enrichira valablement.

Marcellus semble d'avis opposé (L. 49 à notre titre). Un nommé Sulpicius l'avait consulté dans l'espèce suivante : une femme voulait faire parvenir un immeuble à l'enfant qu'elle avait eu de son mari, et qui se trouvait sous la puissance de ce dernier. Elle donna l'immeuble à son mari en le chargeant de le restituer à sa mort au dit fils. La donation était-elle valable, nulle ou révocable au gré de la donatrice ? Le jurisconsulte a répondu que si l'opération est sincère, que le mari ne soit qu'une personne interposée, et que tout le bénéfice de l'aliénation faite par le mari doive revenir au fils, l'acte est valable. Mais il ne faut pas que le mari retienne le moindre émolument de cette transmission. Il semble bien résulter de là que le mari ne saurait bénéficier des fruits de l'immeuble.

La conciliation de ces décisions nous paraît résulter d'un texte de Pomponius (L. 45 D. *de usuris et fructibus*). L'époux donataire gagne les fruits par la perception.

Le mari qui avait la propriété de la dot, devait la restituer, à la dissolution du mariage, à sa femme veuve ou divorcée. Mais il n'avait à restituer que le capital ; il ne

devait aucun compte des intérêts, qui lui étaient acquis définitivement même pour la partie qui excédait les dépenses du ménage. Pouvait-il, s'il avait une fortune personnelle suffisante, restituer à la femme, avant la dissolution du mariage, les biens composant la dot ? Non, certainement, en ce qui touche le capital. Quant à la jouissance, il faut distinguer : s'il entend faire un pur avantage à la femme, il ne le peut pas. Ce serait changer la destination de la dot qui doit servir à la contribution des charges du mariage. Mais il pouvait au contraire abandonner cette jouissance à sa femme, en la chargeant de faire toutes les dépenses nécessaires à l'entretien du ménage (L. 73. § 1. *De jure dot*).

§ 3. Des dons et présents d'usage

Les Romains faisaient une distinction suivant l'importance de ces libéralités. Nous lisons en effet, dans la loi 15, à notre titre : « *Ex annuo vel menstruo quod uxori maritus præstat, tunc quod superest revocabitur, si satis immodicum est, id est, supra vires dotis* », et dans la loi 31 § 8 *ibid* : « *Si vir uxori munus immodicum kalendis martiis, aut natali die dedisset, donatio est : sed si impensas quas faceret mulier, quo honestius se tueretur, contra est* ».

Il résulte de là que les libéralités faites par le mari à sa femme dans des bornes raisonnables, et en rapport avec sa situation de fortune, pour son entretien ou quel-

que dépense extraordinaire, étaient considérées non comme des donations proprement dites, tombant sous le coup de la prohibition, mais comme de simples présents d'usage.

§ 4. *Donations mortis causa*

Ces donations ne devenant définitives que par le prédécès du disposant au donataire, c'est-à-dire à une époque où le mariage se trouve dissous par le décès de l'un des conjoints, ne constituent pas à proprement parler des donations entre époux : « *quia in hoc tempus excurrit donatio-
nis eventus, quo vir et uxor esse desinunt* ».

La propriété ne passait pas de l'un des époux à l'autre, mais d'un défunt à son ex-conjoint.

Il y a une différence importante, qu'il nous faut tout d'abord mettre en relief, entre le cas où la donation *mortis causa* a lieu entre personnes quelconques, et celui où elle intervient entre époux.

En droit commun, la donation *mortis causa* est nécessairement, en tant que convention, subordonnée à la condition résolutoire du prédécès du donataire. Mais l'acte qui la réalise, par exemple la tradition, en nous plaçant dans l'hypothèse, de beaucoup la plus fréquente, d'une donation effectuée par voie de *datio*, peut être soit pure et simple, soit sous la condition suspensive du prédécès du donateur ; elle ne saurait avoir lieu sous la condition ré-

solutoire du prédécès du donataire, puisque la propriété ne peut être transférée *ad tempus*. Au 1^{er} cas, c'est-à-dire quand la tradition est sous la condition suspensive de la survie du donateur, le transport de propriété ne s'opère pas actuellement, il n'aura lieu qu'à l'arrivée de la condition ; si elle fait défaut, c'est-à-dire si le donataire prédécède, le donateur n'aura jamais cessé d'être propriétaire et pourra révoquer. Au 2^e cas, la propriété aura été transférée purement, et le donateur est réduit à une action personnelle (*condictio sine causa*, action *præscriptis verbis*, action *fiduciæ directæ*, selon les cas et les époques), pour se la faire retransférer par les héritiers du donataire (L. 35, § 3. D. 39, 6), ou s'en faire payer la valeur. Cette *condictio* expose le donateur à l'insolvabilité du donataire ou de ses héritiers. Aussi Ulpien, dérogeant ici aux principes généraux qui interdisent la translation de la propriété *ad tempus* — on sait d'ailleurs qu'il n'a pas été suivi dans cette innovation par les autres jurisconsultes et que son opinion est demeurée isolée jusqu'à Justinien qui l'a consacrée et généralisée — lui donna-t-il une revendication utile (L. 26. D. 39, 6) qui lui permettait, en cas d'insolvabilité, soit de distraire de la masse de l'actif, la chose par lui donnée, soit de la réclamer contre les tiers acquéreurs, selon qu'elle avait été ou non aliénée, et dans tous les cas, de la reprendre franche et quitte de toutes charges réelles du chef du donataire ou de ses héritiers.

Entre époux, il n'était pas question de réaliser immédiatement la donation *mortis causa*. Une telle tradition aurait été sans effet, à raison de la prohibition générale des

libéralités entre époux, quand même elle aurait eu lieu purement : « *medio igitur tempore*, dit très bien Ulpien (L. 11, pr. à notre titre), *dominium remanet apud eum qui donavit* ».

L'arrivée de la condition suspensive de la donation, à savoir la survie du donataire au donateur, rétroagit, comme le dit la loi 43. D. 34, 6 : « *si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta est, morte secuta reducitur ad id tempus donatio quo interposita fuisset* ».

Toutefois cette rétroactivité ne doit pas nuire au donataire. Supposons que celui-ci était fils de famille au jour de la donation et *sui juris* au moment du décès de son conjoint. La rétroactivité aurait fait bénéficier de la donation la succession du père de famille et non le donataire lui-même. Aussi écartait-on la fiction dans l'espèce et décidait-on que la donation ne devenait définitive qu'au jour du décès du donateur, et qu'elle profitait exclusivement à son conjoint donataire. Réciproquement, si le mari donataire *sui juris* au jour de la donation, est devenu *alieni juris*, par suite d'une adrogation ou d'une légitimation, lors de la mort de la donatrice, l'acquisition sera réalisée par le *paterfamilias*.

On déciderait de même, si la donation *mortis causa* était faite, non par la femme au mari, mais par le mari à la femme (L. 11, § 4 et § 5 à notre titre).

Primus, voulant gratifier sa femme Secunda *mortis causa*, livre l'objet de la donation à Tertius, qui est sous la *patria potestas* de Quartus, et qui a été interposé par la femme, c'est-à-dire chargé par elle de recevoir la

chose donnée pour la lui remettre ensuite. Or, à la mort du donateur, Tertius est *sui juris* : peut-il valablement restituer la chose à Secunda ? Si on appliquait la rétroactivité, on dirait que la chose appartient à la succession de Quartus, et nullement à Tertius, et que dès lors celui-ci ne peut restituer. Mais Ulpien écarte ici cette fiction. L'acquisition s'est faite au décès du mari, par conséquent a été réalisée par Tertius, qui doit restituer l'objet à la femme sous peine de se le voir réclamer par l'action *mandati directa* (L. 11 § 2. D. à notre titre).

Scévola a modifié un peu l'hypothèse précédente, en supposant que Tertius, la personne interposée, était non plus un fils de famille, mais un esclave. On décida de même que si Tertius était libre au jour du décès, il acquerrait la chose donnée et devait la restituer à la femme.

Voici une hypothèse plus délicate que prévoit Ulpien dans le § 8 de notre même loi 11, à notre titre.

Prima donne à Secundus *mortis causa* une chose quelconque par l'intermédiaire d'une personne interposée, Tertius. Prima livre la chose à Tertius et meurt. Après le décès de la donatrice, Tertius restitue la chose à Secundus, malgré l'opposition des héritiers de Prima. Cette restitution est-elle valable ? Ulpien fait une distinction :

Est-ce la donatrice elle-même qui a désigné la personne interposée ? Tertius a bien rendu le donataire propriétaire, puisqu'il l'était lui-même. Mais comme il a abusé de son mandat en ne tenant pas compte de l'opposition des héritiers de Prima, ceux-ci pourront lui demander une indemnité. Par quelle action ? Evidemment, il pourront

exercer l'action *mandati directa*. Mais le texte parle d'une *condictio*. Cela tient sans doute à ce que quiconque a à son service une action de bonne foi, peut, s'il le préfère, intenter, à ses risques et périls, une *condictio certi*, en faisant lui-même l'estimation de ce qui lui est dû.

Est-ce le mari qui a constitué la personne interposée Tertius ? Tertius devient propriétaire du moment qu'il a survécu à la donatrice. Il peut alors valablement, et sans avoir à se préoccuper des réclamations des héritiers de Prima, dont il n'est pas le mandataire, restituer la chose à Secundus son seul mandant, sous peine de voir ce dernier la lui réclamer par l'action *mandati directa*.

Le paragraphe précédent (L. 11 § 7 à notre titre), prévoit une hypothèse analogue. Primus donne *mortis causa* à sa femme Secunda, par le moyen d'une personne interposée, Tertius. On suppose que Tertius, après avoir reçu et remis la chose donnée à Secunda, prédécède à Primus ; mais Secunda survit à ce dernier. La donation sera-t-elle valable, et Secunda pourra-t-elle garder la chose ? Les jurisconsultes ne sont pas tout-à-fait d'accord.

D'après Marcellus, la donation ne vaut pas. En effet, la propriété n'a pas passé à Tertius, parce qu'il n'a pas survécu au donateur ; donc il n'a pu la transporter à Secunda.

Ulpien fait une distinction :

Tertius a-t-il été interposé par Secunda ? La donation tombe, car Tertius n'est pas plus devenu propriétaire que ne le serait devenue la femme, sa mandante, si elle avait

elle-même reçu tradition du mari : ici Ulpien est d'accord avec Marcellus.

Tertius a-t-il été interposé par Primus le donateur ? Alors il n'est pas le mandataire de la femme, mais bien celui du mari, et il n'y a aucun obstacle à ce que la propriété lui ait été transférée.

Dès lors, étant devenu propriétaire, il a pu transférer la propriété à la femme sur la condition bien entendu que celle-ci survécût au mari.

Dans les divers cas que nous venons d'indiquer, il n'y a pas de rétroactivité. On exclut cette fiction afin de se conformer plus exactement à l'intention des parties, et assurer le plus possible l'efficacité de la donation. Mais lorsqu'il résulte des circonstances que les époux ont voulu faire rétroagir la donation *mortis causa*, il faut donner effet à leur volonté. C'est ce que dit Papinien dans la loi 40, de *mortis causa don* : « *Donatio reducitur ad id tempus qui interposita fuisset* ».

Par exemple, la femme à qui son mari a donné *mortis causa* le fonds Cornélien, le donne à son tour à un tiers. Puis la première donation se trouve confirmée par le prédécès du mari. L'aliénation faite par la femme tiendra (L. 11, § 9 à notre titre). Il y a évidemment là une application de la rétroactivité. La femme étant réputée avoir été propriétaire dès le moment où la donation est intervenue, a pu transférer la propriété au tiers. Sans la rétroactivité, on devrait décider que cette aliénation a été sans aucun effet et doit être recommencée. Et c'est en effet cette dernière solution que le jurisconsulte déclare applicable,

lorsque les époux n'ont pas voulu faire rétroagir la donation.

De même, dans la loi 20 à notre titre, Javolénus, supposant que l'esclave donné par l'un des époux à l'autre, a fait une stipulation dans le temps compris entre la donation et le prédécès du donateur, décide que l'action *ex stipulatu* sera acquise à l'époux donataire, ce qui implique également la rétroactivité de la donation. Sans la rétroactivité en effet, la créance née de la stipulation appartiendrait à la succession du donateur.

En résumé, la question de la rétroactivité de la donation devait être résolue d'après l'intention des parties. Par conséquent, on l'appliquait quand elle était favorable à l'efficacité de la donation ; on l'abandonnait au cas contraire.

§ 5. — *Donations faites pour cause d'exil*

On ne peut certes pas dire ici que la donation est le résultat d'un abus d'influence. Le donateur n'a plus rien à espérer ni à redouter de son conjoint. Il n'y avait donc pas lieu de prohiber ces donations dictées, non par l'égoïsme qui cherche à s'attacher par l'intérêt celui qu'on ne peut pas retenir par l'amour, mais bien par la plus pure affection, celle qui suit l'être aimé dans le malheur, et tâche de lui adoucir les misères de l'exil, bien qu'on ne doive plus jamais le revoir.

De quelles donations s'agit-il au juste ? Il est certain

que notre exception vise les donations faites par l'époux qui reste à l'époux exilé.

Mais il y a une difficulté pour les dispositions inverses. Comment en effet l'exilé peut-il donner à son conjoint demeuré *in civitate*, puisque l'exil, de même que la déportation, entraîne la confiscation. Néanmoins, la question peut se poser lorsque la donation a précédé la condamnation du donateur à l'exil, et qu'il s'agit d'une donation *mortis causa*. Ainsi Titius fait à Seia une donation *mortis causa*, puis il est condamné à l'exil : la donation vaut comme si Titius était mort au lieu d'être condamné. Il serait en effet inique de faire retomber sur la femme innocente le poids de cette condamnation, en la déclarant déchue de la libéralité. Le fisc devait donc supporter le prélèvement des biens donnés par le condamné à sa femme *mortis causa* (L. 13 § 1 à notre titre).

§ 6. Donations testamentaires.

Les raisons qui avaient fait soustraire les donations *mortis causa* à la prohibition, s'appliquent avec la même force aux institutions d'héritier, legs et fidéicommiss. Ces dispositions ne produisent leur effet qu'à la dissolution du mariage. Par conséquent, elles peuvent être révoquées librement par le disposant, et, de plus que les donations *mortis causa*, elles sont secrètes. Il n'y a donc pas à craindre l'abus d'influence de l'un des époux sur l'autre.

Cependant les libéralités testamentaires furent, pour

d'autres motifs, l'objet d'importantes restrictions contenues dans les lois caducaires, qui, au point de vue qui nous occupe, sont souvent appelées « lois décimaires ».

Les lois caducaires — rappelons qu'on appelle ainsi les lois Julia et Papia Poppea, rendues sous Auguste, la première en l'an 757, la seconde en l'an 762 de la fondation de Rome — frappèrent en général d'une complète incapacité de recevoir, les *cœlibes*, c'est-à-dire les personnes non mariées, et d'une incapacité partielle de moitié, les *orbi*, c'est-à-dire les personnes qui, étant actuellement mariées, n'ont pas d'enfants.

De plus, ces lois édictaient des incapacités spéciales en ce qui touche les dispositions testamentaires entre époux, et aussi les donations *mortis causa* contre les mêmes personnes. L'époux qui n'a pas d'enfant, ne peut recevoir de cette façon, de son conjoint, qu'un dixième en propriété, plus l'usufruit du tiers des autres biens : « *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt. — Præter decimam etiam usum fructum tertiæ partis bonorum ejus capere possunt* (Ulpien, Règles, Tit. XV).

Toutefois la femme pouvait recueillir intégralement le legs de la dot (*ibid*), car c'était plutôt une restitution, qu'une libéralité proprement dite.

La capacité de recevoir de l'époux s'augmentait, s'il avait des enfants d'un premier lit. En plus d'un dixième en propriété, il pouvait recevoir un autre dixième par chaque enfant d'un mariage antérieur vivant au jour de l'ouverture du testament, et par chaque enfant commun mort

après le *nominum dies*, c'est-à-dire après le jour où il a reçu ses noms.

Ce procédé de progression par dixièmes explique le nom de loi décimaire qui est souvent donné aux lois caducaires, quand on les envisage dans les rapports entre les époux.

Les mêmes lois édictaient une incapacité spéciale, lorsque le mariage avait été fait en violation de celles de leurs dispositions qui interdisaient à un ingénu d'épouser une personne notée d'infamie, ou à un sénateur d'épouser une affranchie. Dans ce cas les époux ne pouvaient absolument rien se donner quand bien même ils auraient des enfants.

Les lois décimaires ne s'appliquent pas à l'époux jouissant de la *solidi capacitas*. Il en était ainsi :

1° Lorsque l'inexistence d'enfant s'expliquait par l'absence d'un mari pour service public.

2° Lorsque l'époux gratifié n'avait pas encore l'âge auquel la loi exige des enfants, et qui est de 25 ans pour le mari, et de 20 ans pour la femme.

3° Quand cet époux a dépassé l'âge où il est possible d'avoir des enfants, et que les lois caducaires fixent à 60 ans pour le mari et à 50 ans pour la femme.

4° Quand les époux sont cognats à un degré qui n'exède pas le sixième.

5° Quand l'époux gratifié a obtenu de la faveur impériale le *jus liberorum*.

6° Quand cet époux a 9 enfants actuellement vivants, d'un ou plusieurs mariages précédents. En effet, comme

chacun de ces enfants lui donne droit à un dixième en sus de celui qu'il pourrait recevoir s'il n'avait pas d'enfant, il arrive qu'il peut obtenir dans cette hypothèse un dixième, plus 9 dixièmes, ce qui fait la totalité.

Constantin abrogea les lois caducaires en ce qui touche les déchéances dont elles frappaient les *cœlibes* et les *orbi* (L. 1, Code, VIII, 58), mais il les laissa subsister en tant que lois décimaires. Elles ne furent définitivement abolies, même avec ce dernier caractère, que sous les empereurs Honorius et Théodose II, en 410 (L. 2, Code VIII, 58). D'ailleurs de nouvelles restrictions à la faculté de disposer entre époux ne tardèrent pas à apparaître ; mais elles étaient conçues dans un tout autre ordre d'idées ; elles avaient pour but de protéger les enfants d'un premier lit contre l'abus des dispositions faites par leur auteur au profit de son second conjoint.

§ 7. — *Donations divortii causa.*

De telles libéralités étonnent au premier abord. Comment est-il possible que des époux qui brisent le lien conjugal songent à se faire des libéralités ?

Mais il faut se rappeler que le divorce peut intervenir à Rome de deux façons, par répudiation ou *bona gratia*.

La répudiation suppose en général des sentiments exclusifs de la pensée de libéralité ; elle a lieu *cum ira et*

offensa. Aussi n'est-ce pas dans cet ordre de cas qu'il y aura application des donations supposées.

Mais lorsque le divorce intervient *bona gratia*, d'accord entre les deux époux, ou que la répudiation a lieu pour des motifs n'impliquant aucune indignité du conjoint dont on se sépare, des sentiments d'amitié peuvent subsister. Par exemple, les époux se séparent pour différence de religion, ou pour cause de maladie, ou à raison de la stérilité de la femme. Il arrivait souvent dans ces divers cas que l'époux le plus riche faisait une libéralité à l'autre, pour le mettre, après la rupture de la vie commune, à l'abri du besoin (L. L. 60, 61, 62, D. à notre titre). Ces libéralités ressemblent aux donations *exsilio causa*, et c'est dans le même esprit qu'elles sont permises.

§ 8. — *Des compléments apportés pendant le mariage
aux donations ante nuptias.*

La donation *ante nuptias* fut d'abord une donation ordinaire faite avant le mariage, soit par le mari à la femme, soit par la femme au mari. Il est clair que la prohibition ne l'atteignit pas, parce que les parties n'avaient pas encore la qualité d'époux. Mais il est certain également que la prohibition reparaisait, s'il s'agissait de l'augmenter pendant le mariage.

Plus tard on réserva l'expression de donation *ante nuptias* pour désigner les libéralités faites avant le mariage par le mari à la femme, et on la considère comme la con-

tre-partie de la dot. Or, à la différence du droit français où les conventions matrimoniales doivent nécessairement être réglées avant le mariage (C. civ., art. 1394), la dot en droit romain pouvait être augmentée et même constituée pendant le mariage. Cela ne violait pas notre prohibition. Si le mari devenait propriétaire de la dot, il ne la gagnait pas, c'est-à-dire ne s'en enrichissait pas, puisqu'il était obligé d'en restituer le capital à la dissolution du mariage, et jusqu'à cette époque en employer les intérêts à soutenir les charges du mariage.

Donc, par voie d'analogie, on décida que la donation *ante nuptias* pouvait être augmentée pendant le mariage. Enfin, sous Justinien, nous voyons qu'elle peut même intervenir pendant le mariage. Aussi à partir de ce moment l'appelle-t-on, non plus donation *ante nuptias*, mais donation « *propter nuptias* ».

CHAPITRE II

Effets de la prohibition de la donation entre époux

L'effet de cette prohibition est très simple ; c'est la nullité de la donation. Telle est la décision formelle de la loi 3, § 10, D. à notre titre : « *sciendum est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est* ».

Rien de plus facile que d'appliquer cette règle, lorsque la donation n'a pas été exécutée, et que tout s'est borné à un échange de consentements. Le donataire n'aura aucune action pour contraindre l'époux donateur à la réalisation de la convention.

Mais le fonctionnement pratique de cette nullité n'est pas toujours aussi simple, lorsque la donation a été suivie d'exécution. Distinguons 4 cas, selon que la donation a été exécutée par stipulation, remise de dette, tradition ou délégation.

1^{er} cas. — *La donation a été rendue parfaite par stipulation.* Seia, que son mari Mœvius veut gratifier, stipule de lui *centum aureos*, et son mari répond « *spondeo* ». Ulpien déclare que cette stipulation « *nihil valet* », et ailleurs « *perinde haberi ac si nihil promississet* » (L. 3, § 10 ; L. 5, § 4, D. à notre titre). Le mari ou ses héritiers n'auront donc pas besoin de repousser par une exception l'action

ex stipulatu qu'intenterait la femme ; cette action n'est pas valablement née, et il suffira de nier le droit de la demanderesse.

2^e cas. — *La donation a été réalisée par remise de dette.* Cette remise a pu s'accomplir, soit par acceptilation, soit par acte de *non petendo*. Dans l'un et l'autre cas, l'époux donataire reste tenu de l'action primitive. Il ne pourra invoquer ni le moyen de défense que donne l'acceptilation, ni l'exception que procure le pacte de *non petendo*.

Une difficulté se présente dans l'espèce suivante, que prévoit Ulpien (L. 5, § 1, D. à notre titre). Un mari a deux *correi promittendi*, sa femme Seia et un tiers quelconque Titius. Quelle sera la valeur, vis-à-vis de Seia, de l'acceptilation qu'il consent à Titius, ou, vice versa, quel sera l'effet, vis-à-vis de Titius, de l'acceptilation qu'il consent à Seia ?

Si l'acceptilation est faite à Seia elle-même, elle est nulle. Seia reste tenue, et il en est de même de Titius.

Si elle est consentie à Titius, celui-ci est libéré, mais Seia reste tenue. Ce maintien de l'obligation de Seia, alors que l'acceptilation est valable, n'est pas douteux. Ulpien l'admet formellement dans le texte précité. Mais il est difficile de la concilier avec les principes généraux d'après lesquels l'acceptilation, lorsqu'elle est régulièrement faite entre personnes capables, éteint radicalement l'obligation, comme le paiement. Il est évident que si Titius avait payé le mari, l'obligation serait éteinte, même vis-à-vis de Seia. Donc il en doit être de même en cas d'acceptilation.

Deux explications ont été proposées :

D'après l'une (Accarias, t. II, 3^e édition, p. 324, note 2), la femme est libérée de l'obligation corréale, mais tenue en vertu d'une cause nouvelle à raison de la prohibition des donations entre époux. Le mari pourrait donc répéter par une *condictio sine causa* l'enrichissement réalisé par la femme par l'effet de l'acceptilation. Or cet enrichissement dépend du point de savoir s'il y avait ou non société entre les *correi* : s'il y avait société, son enrichissement est égal à sa part contributoire dans la dette ; au cas contraire, il est de la totalité de l'objet dû.

Nous préférons l'explication suivante. Ulpien veut dire que vis-à-vis de l'époux codébiteur, l'acceptilation ne vaut que comme pacte *de non petendo*. On rencontre assez souvent dans les textes, des cas où une acceptilation, nulle comme telle, vaut comme simple pacte de remise (L. 8. D. *de acceptil.* ; L. 3, § 3. D. *de lib. leg.*). Dès lors, on applique les règles que nous allons voir dans l'hypothèse suivante.

S'il y a société entre les débiteurs corréaux, la femme profitera du pacte ; elle ne pourra pas l'invoquer au cas contraire (Voet, *ad pand. de Don. int. vir et uxor*, n° 8, *in fine* ; Boutry, donations entre époux, n° 71). On aboutit en somme à la même solution qu'avec l'explication précédente : il n'y a que les points de départ qui diffèrent.

Supposons que dans la même hypothèse, la remise de la dette soit faite, non par acceptilation, mais par un pacte *de non petendo*. Si le pacte est consenti à la femme, pas de difficulté ; le pacte est nul. S'il est conclu avec Titius, le codébiteur solidaire de la femme, il est certain qu'il profitera à ce dernier ; mais pourra-t-il être invoqué également

par la femme ? Il faut distinguer selon qu'il y a ou non société entre les *correi*. S'il y a société, le pacte profitera à la femme, parce qu'autrement le poids de la dette retomberait sur Titius, par l'effet de l'action récursoire de la femme ; au cas contraire, la femme ne pourra invoquer le pacte.

3^e cas. — La donation a été exécutée par une tradition. Par exemple, le mari a livré à sa femme, *donationis causa*, le fonds Cornélien, l'esclave Stichus, ou une table d'argent. Cette tradition, quoique le *tradens* soit propriétaire et capable d'aliéner, est nulle. Elle ne transporte pas la propriété, pas plus la propriété quiritaire, s'il s'agit d'une *res nec Mancipi*, que la propriété bonitaire, — laquelle avait d'ailleurs en pratique la même valeur que la précédente, — s'il s'agit d'une *res Mancipi*.

C'est ce qu'Ulpien nous dit formellement en ces termes : « *Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet* ». (L. 3 § 10 à notre titre).

Ainsi la propriété de la chose donnée reste fixée sur la tête du donateur qui peut la revendiquer, quand il lui plaît, contre le donataire. Toutefois les règles ordinaires de la revendication sont appliquées ici d'une façon moins rigoureuse, à raison des rapports des parties qui doivent se traiter avec ménagement et bienveillance. Il y a encore une raison pour expliquer l'atténuation apportée à la rigueur des poursuites. Le défendeur n'est pas seul en faute ; le conjoint donateur doit dans une certaine mesure s'en prendre à lui-même du préjudice qu'il éprouve, car il a violé la

loi en livrant sa chose à son conjoint *donandi animo*. Voici deux applications de ce traitement de faveur :

Supposons que le conjoint donataire ne veuille pas obéir au *jussus* du juge dans la revendication intentée contre lui. Il n'y aura pas lieu au *juramentum in litem* du demandeur. C'est le juge lui-même qui fixera le montant de la condamnation d'après la véritable valeur de la chose ; il condamnera « *quantum ea res erit* », et non « *quantum actor in litem juraverit* ».

D'autre part, nous savons que le défendeur à la revendication peut, en payant la *lis æstimatio*, conserver la chose litigieuse ; seulement, s'il en est par la suite évincé, il ne peut pas demander garantie à son adversaire. Il y a là une sorte de transaction dans laquelle le défendeur prend la chose à ses risques et périls. Au contraire, l'époux défendeur à la revendication, qui préfère conserver la chose en en payant la valeur au demandeur, aura droit à garantie s'il est par la suite évincé, et, pour assurer son recours, il peut demander la *cautio de evictione*. Seulement cette promesse sera au simple et non au double, à la différence de la *stipulatio duplæ* que peut exiger un acheteur ordinaire (L. 36, pr. D. à notre titre).

Le principe que l'époux reste, malgré la tradition, propriétaire de la chose par lui donnée à son conjoint, emporte une conséquence importante au cas où la chose a subi des plus ou des moins values. Ces pertes ou ces augmentations sont pour le donateur.

Il n'y a pas de difficulté sur ce point si ces changements de valeur sont le résultat d'un cas fortuit. Par

exemple, le terrain donné profite d'une alluvion, ou il se forme une île, dans une rivière non navigable qui traverse le fonds ; il jaillit une source qui fertilise des plaines jusqu'à stériles. Ou, à l'inverse, la chose donnée se détériore sans le dol du donataire (L. 28, pr. D. à notre titre). Dans tous ces cas, il n'y a aucun compte à faire entre les époux, aucune indemnité à réclamer de part ni d'autre.

Il en sera autrement si la plus value acquise par le terrain donné, est le résultat d'une construction exécutée par le donataire à ses frais. En vertu de la règle « *superficies solo cedit* », le donateur sera propriétaire de la construction. Devra-t-il indemnité au donataire ? L'affirmative était admise (L. 31 § 2 D. à notre titre). Certes, il ne s'agit pas ici d'un conflit entre le propriétaire d'un fonds et un constructeur de bonne foi, car l'époux donataire sait ou doit savoir qu'il n'est pas devenu propriétaire du terrain. Mais d'une part il y a lieu, comme nous l'avons déjà vu pour le cas de la revendication, de faire dominer l'équité, l'esprit de ménagement et de tolérance dans le règlement des rapports entre époux. D'autre part, le donateur a laissé faire ces constructions ; il y a peut-être même déjà habité ; il est juste qu'il supporte des dépenses faites, sinon avec son autorisation, du moins sans protestation de sa part. Il sera donc tenu envers son conjoint aux mêmes obligations que le propriétaire envers le constructeur de bonne foi : il devra lui restituer à son choix la dépense ou la plus value.

De même on peut supposer que la donation a porté sur des matériaux, et que le donataire s'en est servi pour

élever une construction sur son propre terrain. Nous ferons une distinction :

A) L'édifice est-il démoli ? Le donateur peut réclamer les matériaux par l'action *ad exhibendum*.

B) L'édifice est-il encore debout ? Il faut sous-distinguer :

a) Les matériaux peuvent-ils être retirés sans dommage pour l'édifice ? On appliquera la même solution ; le donateur pourra reprendre ses matériaux par l'action *ad exhibendum*.

b) Les matériaux ne peuvent-ils pas être retirés sans qu'on détruise le bâtiment ? Il y eut ici controverse entre les jurisconsultes romains.

La loi des Douze Tables prévoyant d'une façon générale l'hypothèse où un particulier a bâti sur son terrain avec les matériaux d'autrui, refusait au propriétaire l'action *ad exhibendum*, et cela dans un but de conservation de la richesse publique, pour éviter que la main d'œuvre et le temps employés à la construction ne se trouvassent perdus. Le propriétaire devait attendre la chute fortuite de l'édifice ou son écoulement par vétusté pour revendiquer ses matériaux. Toutefois, lorsque le constructeur avait volé les matériaux, la loi des Douze Tables accordait au propriétaire l'action de *tigno juncto*, action mixte, *tam rei quam pœnæ persecutoria* par laquelle il obtenait le double de la valeur des matériaux.

Ces principes généraux étant rappelés, quelle sera la

situation du conjoint donateur ? L'espèce est prévue dans un texte de Paul (L. 63. D. à notre titre), où il faut avoir soin — les interprètes sont d'accord là-dessus — de mettre l'un à la place de l'autre, les mots « *quia* » et « *quamvis* » (Pothier, Pandectes § 51 à notre titre note 3).

Neratius accorde à l'époux donateur l'action *ad exhibendum*, en disant que la loi des Douze Tables a simplement prévu le cas, où les matériaux ont été employés à l'insu du propriétaire. Notre espèce échappe donc à la solution spéciale de cette loi, et doit rester soumise au droit commun ; dès lors l'époux donateur pourra réclamer ses matériaux par les actions *ad exhibendum* et en revendication.

Paul rejette cette décision de Nératius en invoquant l'esprit de la loi des Douze Tables, qui était de s'opposer à la destruction des édifices : donc il faut écarter l'action *ad exhibendum*. Il n'y a pas davantage lieu à l'action de *tigno juncto*, car un donataire n'est évidemment pas un voleur. Le donateur devra attendre la destruction fortuite de l'édifice, pour réclamer ses matériaux. Mais ne pourra-t-il pas tout au moins, agir dès maintenant par la *condictio sine causa* pour obtenir l'enrichissement réalisé par le donataire, c'est-à-dire la plus value acquise par son terrain ?

Paul ne s'en explique pas formellement, mais l'affirmative est généralement admise (Pothier, Pandectes, § 51 à notre titre).

Nous avons supposé jusqu'ici que la chose donnée était un corps certain, et qu'elle avait conservé son indivi-

dualité dans le patrimoine du donataire. Envisageons maintenant le cas où elle a perdu son individualité. Par exemple, il s'agit d'une somme d'argent ou de denrées, et les objets donnés se sont confondus avec d'autres de même espèce appartenant au donataire, de sorte qu'on ne peut plus distinguer ceux qui ont fait l'objet de la donation. Il en serait de même si les écus ou les denrées donnés avaient été aliénés par le donataire pour se procurer des objets quelconques. Quel sera le droit de l'époux donateur ?

Il est évident qu'il ne peut pas revendiquer, car on ne revendique que des corps certains ; il faut pouvoir désigner la chose dont on se prétend propriétaire : « *extinctæ res vindicari non possunt* ». Il ne pourra qu'exercer la *condictio sine causa*. On peut dire en effet que le conjoint qui a reçu la tradition, s'est enrichi sans cause aux dépens du donateur.

Reste à déterminer comment il faut évaluer cet enrichissement du donataire, qui forme l'objet de la *condictio*. Tout d'abord remarquons que c'est au jour de la *litis contestatio*, et non à celui du jugement qu'il faut se placer pour apprécier cet enrichissement. Il est de principe, en effet, que le demandeur ne doit pas plus profiter que souffrir du retard du juge. C'est ce qu'Ulpien déclare formellement dans notre espèce même (L. 7, D. à notre titre) : « *Et verum est litis contestatæ tempus spectare oporteri* ».

Par exemple, le mari ayant donné à sa femme une somme de 100, celle-ci l'a employée à acheter un esclave qui, au jour de la *litis contestatio*, ne vaut que 40, mais est

appelé à une hérédité qui s'élève à 200. La femme devra restituer 240 (L. 21 § 5, D. à notre titre).

Toutefois, lorsque les époux se sont fait des donations réciproques, que l'un d'eux Titius, s'est enrichi de la libéralité, mais que l'autre, Seia, en a perdu tout le profit, l'empereur Adrien décide qu'il s'opèrera une compensation : Titius conservera la donation que lui a faite Seia, du moins dans la mesure de ce qu'il a donné à celle-ci (L. 7 § 2 D. à notre titre).

Sauf cette restriction, la règle est très-simple. L'époux donataire ne doit restituer que la valeur de la donation dont il a profité ; mais il doit restituer toute cette valeur. Donc si la femme donataire a réalisé un profit qui est le résultat, non de la donation, mais d'une spéculation heureuse qu'elle a faite avec la somme donnée, elle ne doit pas rendre le gain au mari.

Par exemple, ayant reçu une somme de 100, elle a acheté un immeuble qui prend une grande plus value, et vaut 300 au jour de la *litis contestatio* : elle restituera 100 et non 300. Mais, à l'inverse, si le fonds a baissé de valeur, et qu'il ne vaille plus que 50, elle ne rendra que 50 (L. 7 § 3 à notre titre).

La conséquence pratique de cette solution est assez bizarre.

L'époux donataire d'une somme d'argent aura tout intérêt à l'employer en spéculations, puisque tous les dangers de l'entreprise seront pour son conjoint, et toutes les chances pour lui-même.

Le conjoint donateur, ayant dans notre hypothèse,

cessé d'être propriétaire pour devenir simple créancier, se trouve exposé à l'insolvabilité de son époux donataire. Disons-nous dans ce dernier cas que le donataire, ne devant absolument rien garder, une fois ses dettes payées, ne s'est pas enrichi de la donation, et n'a dès lors rien à rendre au donateur ? Paul écarte avec raison cette décision dans la loi 55 à notre titre. On ne peut pas nier, dit-il, que le mari donataire s'est enrichi par la donation, car nous n'examinons pas ce qui lui reste de biens, toutes ses dettes payées, mais ce qu'il tient entre ses mains du bien que lui a donné sa femme. Donc, si le mari a encore entre les mains la somme qui lui a été donnée, ou s'il a acheté avec cette somme un bien mobilier ou immobilier quelconque, il sera condamné à restituer cette somme ou la valeur de ce bien au jour de la *litis contestatio*.

Sans doute, par suite de cette insolvabilité, le donateur n'obtiendra pas le bénéfice intégral de cette condamnation. N'étant que créancier, il n'aura, comme tous les autres créanciers, qu'un dividende. D'ailleurs, il bénéficiera de la faveur attribuée aux créances entre époux. Ainsi, le mari était-il créancier de sa femme en restitution d'une valeur donnée ? Il pouvait retenir le montant de sa créance sur la somme qu'il lui devait lui-même *dotis causa*. C'était une des *retentiones* exercées par le mari défendeur à l'action *rei uxoriæ*, la *retentio propter res donatas* (Règles d'Ulpien, VI § 9). De son côté la femme donatrice pouvait invoquer le *privilegium inter personales actiones* qui assurait toutes ses créances contre son mari, et plus tard l'hypothèque privilégiée qui lui fut accordée au Bas-Empire.

Enfin, on admit que l'époux donateur pouvait revendiquer utilement contre les tiers les objets acquis par le donataire avec le produit de la donation, et aliénés ensuite par lui. C'est ce qui est dit formellement dans un texte de Paul précité (L. 55, D. à notre titre).

Toutefois nous pensons avec M. Accarias (Précis, 2^e édition, 1 p. 729, note 3), que cette décision n'est pas de Paul et qu'elle a été ajoutée par Justinien. Outre la bizarrerie de ces expressions « *sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare* », qui n'ont rien du langage juridique de la bonne époque, il est impossible qu'un jurisconsulte classique ait émis cette proposition. Quelle serait la base de cette revendication de la femme ? Un droit de propriété a été acquis par le mari, et il l'a aliéné ; il n'a donc plus la revendication, et ne saurait la céder à sa femme. Il est au contraire vraisemblable que Justinien a émis cette solution par analogie de ce qu'il décide en cas d'aliénation du fonds dotal par le mari, à savoir que la femme peut revendiquer ce fonds entre les mains de l'acquéreur (L. 3 code de *jure dot.* V, 12). Mais cette solution, qui se justifie très bien dans cette dernière espèce, est absolument illogique dans la nôtre. L'aliénation du fonds dotal par le mari est nulle par application de la loi Julia, loi qui fut conservée et même complétée par Justinien ; dès lors la propriété reste sur la tête du mari, ainsi que l'action en revendication qui en est la sanction. Or, il devait céder cette action à la femme, en lui restituant sa dot. Dès lors, il était conforme aux principes généraux de réputer cette cession faite et de permettre à la femme d'intenter l'action contre

le tiers acquéreur. Mais dans notre espèce le mari qui aliène le bien par lui acheté, avec la somme donnée par sa femme, en transporte très-valablement la propriété à l'acquéreur, et dès lors il ne peut pas plus céder l'action en revendication à sa femme que l'exercer lui-même.

Supposons que le mari, au lieu de faire lui-même tradition à sa femme de la somme qu'il veut lui donner, charge son débiteur de se libérer entre les mains de celle-ci. Si on raisonne strictement, on dira que le paiement est nul, que le mari n'a pas pu valablement donner ce mandat de payer et qu'il conserve sa créance contre le tiers. Dès lors il pourra poursuivre ce dernier, comme s'il n'y avait rien de fait, sauf le droit pour le débiteur de le repousser par l'exception de dol, en lui offrant la cession de la *condictio* qui lui appartient contre la femme, ou même l'action en revendication, si celle-ci possède encore les deniers en nature.

Telle est la solution donnée par Africain (L. 38 § 1. D., 46, 3).

Ce texte d'Africain contient à la fin une inexactitude qui est le résultat d'une interpolation maladroite de Justinien ; c'est du moins l'avis de la plupart des interprètes (Savigny, IV, app. X § 5, notes b et c). Le jurisconsulte s'occupe principalement du cas d'un paiement fait de bonne foi par un débiteur à un faux mandataire du créancier, qui voudrait frauduleusement se l'approprier. Africain dit que le débiteur n'est pas libéré, mais qu'il peut repousser l'action du créancier par l'exception de dol en lui cédant la *condictio furtiva* qu'il a contre le voleur. Ensuite, et par voie de

comparaison, il rapporte le cas où le débiteur d'un mari paie, sur l'ordre de ce dernier, entre les mains de la femme. Enfin, il revient à son hypothèse primitive d'un *furtum*, et dit que le créancier pourra exercer directement et sans cession l'action *furti*, car c'est lui qui se trouve lésé par le *furtum*. Les mots « *post divortium* », qui se réfèrent à la seconde espèce prévue, celle d'une donation entre époux, ne signifient rien, et doivent être retranchés. Il est bien clair en effet qu'une femme qui reçoit un paiement sur l'ordre de son mari, ne commet pas un *furtum*.

Cette solution d'Africain n'était pas admise par Celsus et Ulpien (L. 3 § 12 à notre titre). A leur avis, le débiteur a bien payé en se conformant au mandat du mari, et son obligation est éteinte. Seulement les écus ne sont pas devenus la propriété de la femme, mais bien celle du mari. L'opération s'analyse en trois traditions, dont les deux premières sont valables, et la troisième est nulle. Le débiteur a valablement transféré les deniers à la femme, qui est censée les avoir restitués non moins valablement au mari ; celui-ci enfin est réputé les avoir rendus lui-même à la femme *donationis causa*, et c'est cette dernière tradition qui est nulle, et laisse le mari investi, soit de la revendication, soit de la *condictio*, selon que les écus ont ou non gardé leur individualité entre les mains de la femme.

Cette divergence n'est qu'une application de la différence de doctrine qui sépare les jurisconsultes Ulpien et Africain dans la question de la tradition *brevi manu*. Primus voulant faire un *mutuum* à Secundus et n'ayant pas d'argent disponible dans sa caisse, charge son débiteur

Tertius de se libérer entre les mains de Secundus, qui devra garder ensuite les fonds *mutui causa*. Sans doute Africain admet dans cette hypothèse la formation du *mutuum* ; mais c'est là, dit-il, une décision de faveur et dérogoire au principe de la *mutui datio*. Aussi nie-t-il le *mutuum* dans le cas où Primus a permis à Secundus qui lui doit de l'argent en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires (L. 34 pr. D. 17, 1), de le garder à titre de *mutuum*. Ulpien admet au contraire le *mutuum* dans les deux cas, par suite d'une double tradition sous-entendue ; l'une de Secundus à Primus, et l'autre de Primus à Secundus.

La preuve que tel est bien le raisonnement d'Ulpien dans notre hypothèse, c'est que dans ce même texte (L. 3 § 12 à notre titre), il suppose que Primus ordonne à son débiteur Tertius de payer entre les mains du *procurator* de son créancier ; mais il se trouve que ce *procurator* a pris faussement cette qualité. Ulpien décide que Primus est devenu propriétaire des écus, et qu'il a contre le faux *procurator* l'action *furti*. Donc Ulpien sous-entend une remise des écus par le *procurator* prétendu à Primus, et une autre tradition qui, celle-ci, constitue un *furtum* de la part de l'*accipiens* de Primus au faux mandataire. C'est l'opinion d'Ulpien qui a prévalu. Ce jurisconsulte est en effet bien postérieur à Africain, et on sait que, lorsque des décisions contradictoire de jurisconsultes d'époques différentes sont rapportées au Digeste, c'est celle du jurisconsulte le plus récent qui doit prévaloir.

4^e Cas. La donation a été réalisée par une délégation.

On pouvait employer à cet effet plusieurs procédés. Le donateur déléguaît son débiteur au donataire ; le donataire déléguaît le donateur au créancier, ou encore le donateur déléguaît son débiteur au créancier de son donataire.

Supposons, pour fixer les idées par une espèce, qu'un mari Titius, voulant gratifier sa femme Seia, lui délègue son débiteur Mœvius, qui lui doit cent. On sait que cette délégation se réalise par une stipulation novatoire. Dans l'espèce, Seia stipule de Mœvius les 100 que celui-ci doit à Titius, avec l'autorisation bien entendu de son mari : quel est le sort de cette stipulation ? Julien répond, dans la loi 39 à notre titre, « *inanem fuisse stipulationem* ». Mais supposons que Mœvius ait payé Seia : reste-t-il débiteur du mari et obligé de le payer une seconde fois, sauf un recours, peut-être illusoire, contre la femme ? Il faut distinguer :

L'argent existe-t-il encore en nature entre les mains de la femme ? Mœvius reste propriétaire, et peut, soit revendiquer la somme, pour la payer ensuite au mari, soit attendre la poursuite de ce dernier, et la paralyser par l'exception de dol, en offrant d'ailleurs au mari de lui céder son action en revendication.

Si l'argent a été consommé par Seia, le tiers n'a plus d'action contre la femme, car « *res extinctæ vindicari non possunt* ». Il n'a pas non plus de *condictio* contre elle ; cette action appartient au mari dans la mesure où celle-ci s'est enrichie du paiement : elle naît directement en sa personne, sans cession de la part de Mœvius. Quant au débiteur, Mœvius ne pourra-t-il pas être poursuivi par le

mari ? En principe oui, car la novation n'ayant pas eu lieu, son obligation primitive n'est pas éteinte ; mais il repoussera le mari par l'exception de dol. C'est bien ce que dit Julien dans le texte précité « *intelligitur ex re mariti locupletior facta esse mulier ; quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest* ».

TROISIÈME PARTIE

Règlementation des donations entre époux par l'*oratio Antonini*.

La prohibition des donations entre époux, telle que nous l'avons vu fonctionner dans la 2^e partie, était évidemment excessive. Pour éviter des abus d'influence, des captations exercées au détriment d'un époux et de sa famille, on s'était jeté dans un excès opposé, et on avait banni les libéralités les plus raisonnables, et inspirées par les meilleurs sentiments. Aussi avait-on fini par excepter de la prohibition diverses sortes de libéralités. Nous avons vu également que, même pour les libéralités prohibées, la fraude, au moyen de l'interposition des personnes ou du déguisement en un contrat onéreux, était largement pratiquée. Les Empereurs se firent donc les interprètes du sentiment général, en proposant au Sénat de diminuer la rigueur de la règle « *ut aliquid laxaret ex juris rigore* ».

Ce fut l'objet d'une *oratio* des Empereurs Septime Sévère et Caracalla, souvent désignée sous le nom d'*oratio Antonini*, ou encore, en la caractérisant par son objet, *oratio de confirmandis donationibus* (L. 32 pr. D. à notre titre). Le Sénat ratifia ce projet, et il fut décidé que quand l'époux donateur mourrait *in matrimonio*, sans avoir révoqué sa donation, celle-ci se trouverait révoquée au profit du conjoint donataire survivant.

Jusque-là, le seul moyen qu'avait le donateur de faire valoir sa donation, c'était de la confirmer expressément dans son testament. Elle devenait alors une libéralité de dernière volonté, legs ou fidéicommis, et échappait ainsi à la prohibition, sauf bien entendu les restrictions des lois décimaires (L. 109, pr. D, XXX). Eh bien, les Empereurs eurent l'idée de sous-entendre cette confirmation. Dès lors, le silence gardé par le donateur valait ratification, de telle sorte que le donateur conservait bien la faculté de révoquer ; mais, s'il ne l'avait pas exercée, ses héritiers n'eurent plus le droit d'enlever au donataire le bénéfice de la libéralité : « *fas esse eum quidem qui donavit pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* ».

En résumé donc, la grande différence qui sépare la nouvelle législation de l'ancienne, c'est que les héritiers du donateur ne pourront plus demander la nullité de la donation, du moment que le donateur ne l'aura pas révoquée. Quant au donateur, il conserve toujours le droit de reprendre le bien donné, de se repentir, comme disent brièvement les jurisconsultes.

Il semble qu'on arrive ainsi à un résultat très voisin de notre article 1096, aux termes duquel les donations entre époux sont valables, mais révocables au gré du donateur. Telle n'est pas la théorie romaine. La donation, d'après le sénatus-consulte, demeure nulle, mais elle devient susceptible d'une confirmation tacite. Par conséquent, si le donateur n'opère pas cette ratification, c'est-à-dire s'il manifeste son repentir, la nullité ancienne reparait. Dès

lors le donateur, lorsque le bien donné existe encore en nature, ne sera pas réduit à une *condictio* pour se le faire restituer ; il pourra le revendiquer, soit contre le donataire lui-même, soit contre les tiers détenteurs (L. 32 § 13 ; LL. 33, 34 et 35 à notre titre).

Quel est exactement l'auteur de la législation nouvelle ? Cette question donne lieu à une controverse. D'après certains auteurs, le changement est le résultat de deux sénatus-consultes successifs rendus, le premier par Septime Sévère et applicable seulement à certaines donations, le second par Antonin, qui généralisa la décision du précédent. Nous pensons, conformément au texte même d'Ulpien (L. 32, pr. à notre titre), qu'il s'agit d'un sénatus-consulte unique rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla, du vivant de son père Septime Sévère, auquel il était associé dans le gouvernement de l'Empire.

Nous examinerons successivement : 1° A quelles personnes s'applique l'*oratio Antonini* ; 2° Quelles donations y sont soumises.

CHAPITRE PREMIER

A quelles personnes s'applique l'Oratio Antonini ?

L'*Oratio* des empereurs Septime Sévère et Caracalla s'applique aux personnes mêmes qui étaient auparavant soumises à la prohibition, c'est-à-dire non seulement au mari et à la femme, mais encore aux personnes qui sont en communauté de patrimoine avec l'un des époux par suite d'un lien de puissance. C'est ce que dit la loi 32, § 16. D. à notre titre. Ce texte suppose que le *pater familias* de Titius fait une donation à la femme de celui-ci. Pour que la donation soit valable, il faudra que la femme donataire survive à la fois à son mari et au donateur, et que celui-ci soit mort sans avoir révoqué.

CHAPITRE II

Quelles donations sont soumises à l'*Oratio Antonini* ?

Le déguisement de la donation sous la forme d'un contrat onéreux ne saurait, plus que sous l'ancienne législation, la rendre valable. Du moment qu'il est prouvé que ce contrat n'est pas sincère, et dissimule une donation, il est nul, et les actions qui en dérivent, ne naissent pas. Ainsi la société contractée entre époux *donandi animo*, demeure nulle et n'engendre pas l'action *pro socio*. Toutefois, si en fait les apports ont été effectués, et que le donateur meure sans revenir sur sa volonté, l'effet du sénatusconsulte sera de valider le transport de propriété. L'époux donataire se trouve dans l'indivision avec les héritiers du donateur, et il y aura lieu à partage, si l'un des communistes veut sortir d'indivision. Seulement l'action applicable à cet effet ne sera pas l'action *pro socio*, puisque la société n'est pas sincère, mais bien l'action *communi dividundo*.

Il y a une légère difficulté sur les mots « *fine præstituto* ». Certains interprètes traduisent « ce que les époux auront possédé en commun dans les bornes de leur convention ». Cette traduction en réalité ne donne aucun sens à ces expressions. Il nous semble plutôt que ces mots se réfèrent aux lois décimaires, et doivent être traduits ainsi ; « ce que les époux auront possédé dans la limite des lois Julia et Papia Poppœa ».

Ces lois étaient, en effet, encore en vigueur sous l'empire du sénatusconsulte (Frag. du Vatican, § 294). Il est vrai qu'elles n'existent plus sous Justinien. Cet empereur aurait donc dû supprimer cette mention. D'ailleurs, il y a une autre incorrection dans le texte, si on se place à l'époque de Justinien. La donation étant devenue un pacte légitime sanctionné par la *condictio ex legē*, il n'était pas nécessaire de supposer, pour le fonctionnement de l'hypothèse, l'exécution de la donation par la tradition, puisqu'elle se trouve exécutée de plein droit par la formation d'une obligation civile à la charge du donateur (Machelard, textes p. 254, 255 ; Savigny, IV, § 154, p. 105, note k).

Il existe entre les interprètes une controverse célèbre sur le point de savoir si la confirmation établie par le sénatusconsulte ne s'applique qu'aux donations déjà exécutées en tout ou en partie, et que les jurisconsultes appellent *donationes rerum*, parce que l'exécution consiste le plus souvent dans la remise matérielle de la chose donnée, ou si elle valide même les donations non suivies d'un commencement d'exécution.

Nous pensons que le sénatusconsulte avait une portée générale, et s'appliquait sans distinction dans les 2 cas. Nous trouvons, en effet, de nombreux textes au *Digeste*, appartenant à Ulpien, où ce jurisconsulte ne fait aucune distinction, et n'apporte aucune restriction à l'étendue du sénatusconsulte sur le point qui nous occupe. La loi 32, § 1, à notre titre, s'exprime ainsi : « *oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad*

omnes donationes inter virum et uxorem factas ; ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt, et obligatio sit civilis ».

Ce texte nous fournit deux arguments : D'abord il nous dit que ce sénatusconsulte rend civile l'obligation que la donation a fait naître à la charge du donateur, ce qui signifie que le donataire, par l'effet de la confirmation, acquiert une action contre le donateur ; cela implique qu'il n'a pas encore reçu tradition, sans quoi il n'aurait pas besoin de réclamer l'exécution de l'obligation, et que néanmoins la donation se trouve validée, puisqu'on déclare que l'obligation du donateur devient civile, c'est-à-dire exécutoire. Le second argument résulte des mots *oratio pertinet ad omnes donationes* : N'est-ce pas dire de la façon la plus formelle que toutes les donations entre époux bénéficient du sénatusconsulte, et qu'il n'y a pas à distinguer celles qui n'ont pas encore été exécutées, de celles qui ont déjà fait l'objet d'une tradition ?

Plus loin au § 23 de la même loi, Ulpien n'est pas moins précis : « *sive autem res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram* ».

Ainsi la confirmation s'applique à la donation par remise de dette tout comme à la donation par tradition. Il est vrai qu'Ulpien cite, comme mode de remise de la dette, l'acceptilation, qui suppose des actes extérieurs, des formalités. Mais ceci n'est qu'un exemple ; la pensée d'Ulpien est que le sénatusconsulte s'applique à toutes les donations. S'il a cité en particulier l'acceptilation, c'est qu'il pouvait

s'élever un doute, parce que cet acte appartient à cette catégorie d'opérations juridiques qu'on appelle « *actus legitimi*, » lesquelles ne comportent pas de condition.

Dès lors, on aurait pu penser que l'acceptilation ne pouvait faire l'objet d'une donation entre époux, qui est soumise à la révocation. Mais il faut répondre que l'acceptilation, de même d'ailleurs que les autres *actus legitimi*, pouvait très-bien comporter une condition, pourvu qu'elle ne fût pas exprimée dans la formule solennelle exigée pour ces actes (L. 77. D. de reg. jur.).

L'acceptilation pouvait donc avoir lieu entre époux *donationis causa* ; seulement, son efficacité restait en suspens ; elle ne devenait définitive que par le prédécès de l'époux créancier mort sans avoir révoqué. Il est clair qu'ici il n'y a pourtant pas eu dessaisissement de la part du donateur, de la moindre partie de ses biens.

Les derniers mots du § sont on ne peut plus compréhensifs et « *generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex oratione valebunt* ».

Citons encore dans le même sens, la loi 33 à notre titre, dans laquelle le même jurisconsulte suppose que l'un des époux a promis à l'autre, *donandi animo*, et en employant la forme ordinaire de la stipulation, une rente viagère. Ulpien décide que pendant le mariage cette donation ne produira aucun effet, mais qu'à partir de la mort du promettant, l'époux survivant pourra exiger la prestation des arrérages. Il est évident que ce n'est pas là une *donatio rerum* ; aucune tradition n'a été faite au donataire du vi-

vant du donateur, et cependant le jurisconsulte déclare que la donation devient valable par la mort du donateur.

Ce système est loin d'être admis par tous les interprètes. Dans une autre opinion, parmi les partisans de laquelle se trouve Pothier, on prétend que la confirmation établie par l'*oratio*, ne s'applique qu'aux *donationes rerum*.

Cette opinion s'appuie sur les termes mêmes du sénatusconsulte que rapporte Ulpien (L. 32, § 2. D. à notre titre) : *ait oratio « fas esse eum quidem qui donavit pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse »*. Il semble bien résulter de là que le donataire ne pouvait triompher contre les héritiers du donateur, que s'il avait déjà reçu la chose donnée ; on ne peut arracher un bien qu'à celui qui en est saisi. C'est là toute la portée du sénatusconsulte : on ne veut pas que les héritiers du donateur dépouillent le donataire déjà investi de la libéralité ; mais on n'entend pas du tout les obliger à exécuter la donation si le donateur n'a encore rien livré.

Cette interprétation, dit-on, donne au sénatusconsulte un sens très raisonnable. Lorsque le donateur a déjà livré la chose donnée, il y a eu de sa part une véritable confirmation tacite, et rien de plus logique que de considérer cette confirmation comme définitive, quand il laisse subsister cet état de choses, quand il n'élève aucune protestation contre ce dessaisissement qu'il a opéré lui-même. Au contraire, quand il s'est borné à faire une convention de donation, qui assure qu'il a entendu y donner suite ? Certes il n'a pas révoqué expressément ; mais à quoi bon

révoquer, puisque cette donation ne le lésait en rien, ne le privait d'aucune partie de ses biens. Son silence s'explique bien plus nettement par l'intention de ne pas donner effet à la convention que par la volonté de l'exécuter.

C'est ce que décidait Papinien : « *Papinianus recte putabat orationem divi Severi pertinere ad donationes rerum.* » (Ulpien L. 23, D. à notre titre). Ce texte étant d'Ulpien, l'approbation qu'il donne à cette décision (argument du mot *recte*), prouve que les jurisconsultes étaient bien d'accord sur ce point.

Mais comment expliquer avec cette opinion les textes que nous avons invoqués à l'appui de la nôtre ? Cela ne va certes pas sans difficulté. Nos adversaires sont obligés de tourmenter le sens des mots, et encore n'arrivent-ils pas toujours à se mettre d'accord sur ce sens.

En ce qui touche ces expressions de la loi 32 § 1 « *oratio pertinet ad omnes donationes* », on prétend qu'elles ne tranchent pas la question. Le sénatus-consulte s'applique à toutes les donations, il est vrai, dit-on ; mais la question est justement de savoir de quelles donations il s'agit : le texte ne règle pas ce point.

Cette explication est bien peu naturelle. Si le sénatus-consulte n'avait qu'une portée restreinte, le jurisconsulte aurait évidemment fait une distinction ; il aurait dit « *ad donationes rerum* », ou employé d'autres expressions équivalentes. Mais assurément, si le sénatus-consulte avait souffert une restriction aussi importante, Ulpien n'aurait pas dit sans autre explication « *oratio pertinet ad omnes donationes.* »

Quant au second argument que nous avons tiré dans la même loi, des mots « *et obligatio sit civilis* », qui paraissent bien impliquer que la donation n'a pas encore été exécutée, nos adversaires ne sont pas d'accord. Les uns l'appliquent à l'acceptilation. Mais il n'est pas admissible que le jurisconsulte considère comme une obligation civile l'acceptilation, qui est précisément tout le contraire, puisque c'est un mode, non de former, mais d'éteindre les obligations. D'autres, comme Cujas (T. IV, p. 1140), et Pothier (à notre titre, n° 76), admettent que ces mots font allusion à une cession de créance, qui devient parfaite (*civilis*) par le prédécès du cédant. Ainsi la donation a eu pour objet une cession de créance, et les parties ne sont pas restées dans le domaine de la convention : le donateur a effectué réellement la cession. Cette interprétation paraît au premier abord plus vraisemblable que la précédente ; mais, en y regardant de près, on s'aperçoit qu'elle n'est pas plus acceptable. On sait en effet que la cession de créance se réalise par la *procuratio in rem suam*. Or le *procurator* n'a pas de droit nouveau, il n'a que l'action qui appartenait à son mandant.

On ne peut donc pas dire exactement que, quand l'un des conjoints a donné à l'autre une *procuratio in rem suam* de poursuivre son débiteur, il résulte de là une obligation au profit du conjoint donataire, laquelle devient civile par le prédécès du donateur survenu sans repentir. Combien n'est-il pas plus simple et plus naturel de traduire le texte en disant que si la donation n'a pas encore été exécutée lors du décès du donateur, les héritiers seront, en

vertu du sénatus-consulte, civilement obligés de l'accomplir.

Il est clair que le mot *recte* est fort embarrassant pour notre opinion. Mais les jurisconsultes peuvent se tromper ou commettre des lapsus dans la rapidité de la composition. Cette explication n'est certes pas invraisemblable, étant donné les textes multiples et formels dans lesquels Ulpien déclare l'*oratio* applicable à toutes les donations entre époux et où il vise certainement les donations qui n'ont pas été exécutées. D'autre part, on peut dire que l'approbation donnée par Ulpien s'applique seulement à la décision de Papinien touchant les donations *rerum*, mais sans exclure la confirmation des autres donations. En d'autres termes, Ulpien dit que les donations *rerum* peuvent être confirmées par le sénatus-consulte, mais il ne dit pas que les autres donations ne peuvent pas l'être également.

Enfin, ce mot *recte* est peut-être le résultat d'une interpolation des commissaires de Justinien. Un édit impérial (L. 3 C. Théod. *De resp. prud.* 1, 4) avait en effet enlevé toute autorité aux commentaires d'Ulpien sur Papinien, et donné, en cas de contradiction entre les deux jurisconsultes, prépondérance aux avis de Papinien. Dès lors les rédacteurs du Digeste, se conformant à cet édit, afin de bien montrer aux juges que c'était l'opinion de Papinien qui devait prévaloir, ajoutèrent de leur propre chef le mot *recte*.

Sous Justinien, la question disparut. Aux termes de la nouvelle 162, toutes les donations entre époux sont valables dans la mesure de 500 solides, et même au-delà de ce chiffre lorsqu'elles ont été insinuées, ainsi que nous le verrons plus loin.

Ainsi, en résumé, il y eut controverse entre les jurisconsultes romains, sur la portée de la confirmation tacite instituée par le sénatus-consulte.

Dans un système soutenu notamment par Papinien, elle ne s'appliquait qu'aux *donationes rerum* ; dans une autre opinion soutenue notamment par Ulpien, elle s'appliquait à toutes les donations. Nous mentionnons pour mémoire un système qui n'est plus guère soutenu aujourd'hui, et d'après lequel la contradiction signalée entre les textes du Digeste, s'expliquerait par l'existence, non d'un seul, mais de deux sénatus-consultes. Le premier aurait été rendu sur la proposition de l'Empereur Septime Sévère, et n'aurait visé que les *donationes rerum* : ce serait à ce sénatus-consulte que se référerait la décision de Papinien. L'autre, édicté à la demande d'Antonin Caracalla, aurait généralisé le précédent, en l'appliquant à toutes les donations ; à cette nouvelle disposition se référerait la décision générale d'Ulpien, et notamment cette phrase « *oratio pertinet ad omnes donationes* ».

Nous avons écarté par avance ce système, en établissant qu'il n'exista qu'un sénatusconsulte unique, proposé par Antonin Caracalla associé à Septime Sévère dans l'Empire.

CHAPITRE III

Dans quel cas la donation n'est pas confirmée et demeure nulle

Ayant indiqué les donations qui se trouvent confirmées par le sénatusconsulte, nous devons rechercher celles qui échappent à cette confirmation. Nous avons dit que pour la confirmation, il faut que le donateur précède au donataire *in matrimonio*, sans avoir changé de volonté. Cette formule nous permet d'établir les donations qui échapperont à la confirmation, et demeureront nulles :

1^o Il y a tout d'abord le cas où le donateur a révoqué sa libéralité. Les Empereurs voulaient laisser au donateur la liberté entière de se repentir. Jusqu'au dernier moment il pouvait revenir sur son intention libérale. La révocation pouvait être expresse ou tacite.

Dans le 1^{er} cas, pas de difficulté. La donation était nulle et non avenue. La donation avait-elle été exécutée ? Cette exécution était nulle. Le donateur ou ses héritiers avait, pour faire remettre les choses dans l'état antérieur, soit la revendication, soit la *condictio*, selon les distinctions que nous avons vues en étudiant l'époque antérieure au sénatusconsulte. La donation n'avait-elle encore reçu aucune exécution ? Le donataire n'avait aucune action contre le donateur ou ses héritiers.

Il pouvait arriver que les termes employés par le disposant dans son acte de révocation ne fussent pas absolument clairs et qu'un doute s'élevât sur l'intention de révoquer. Ce doute devait être tranché en faveur du donataire (L. 32 § 3 et § 4 D à notre titre).

La révocation tacite consiste en des faits quelconques impliquant l'intention certaine de retirer la donation. Ce cas présentait quelque difficulté dans certaines hypothèses où l'intention de révoquer n'apparaissait pas très-nettement.

Tout d'abord, lorsque le donateur aliénait la chose donnée, cela emportait certainement révocation (L. 12 au C. V, 10). Il n'y avait même pas à distinguer, comme en matière de legs, selon que l'aliénateur avait eu ou non l'*animus adimendi*.

Il y avait plus de difficulté dans les hypothèses suivantes : Primus donne à sa femme Secunda son esclave Stichus, qui est institué héritier par le donateur. Ulpien recherche dans la loi 22 D. à notre titre, quelle sera l'influence de cette institution sur la libéralité. L'institution est-elle postérieure à la donation ? Il faut rechercher la volonté du disposant. Si en faisant cette institution il a voulu révoquer la donation, celle-ci tombera ; au cas contraire, la donation vaudra, et la femme donataire bénéficiera de l'institution. L'institution est-elle antérieure à la donation ? La donation vaut, et la femme donataire en profite.

Le donateur d'une chose constituée, postérieurement à la donation, un droit de gage ou d'hypothèque sur cette chose. L'hypothèse est prévue par Ulpien dans la loi 32 § V D. à notre titre. En principe, dit Ulpien, la donation se

trouve révoquée : « *utique eum pœnituisse dicemus, licet dominium retinuit* ». Toutefois, s'il ressort des circonstances, notamment du maintien de l'époux donataire en possession, que le donateur a persévéré dans la libéralité, le donataire pourra, à son choix, abandonner l'objet grevé d'hypothèque aux créanciers, ou payer, en se faisant céder par le créancier hypothécaire ses actions, afin de recourir contre le donateur ou ses héritiers.

Sous Justinien, cette hypothèse est formellement prévue, et tranchée en faveur du donataire. La novelle 162, Chapitre I^{er} décide que la constitution d'hypothèque n'entraîne pas la révocation de la libéralité.

2° La confirmation ne saurait avoir lieu, d'après notre formule même, lorsque le divorce est survenu entre le donateur et le donataire : il faut en effet que le donateur précède *in matrimonio* (L. 32 § 10 D. à notre titre). Toutefois Ulpien ajoute dans ce texte qu'il y a lieu de rechercher l'intention du donateur. Le divorce, dit-il, peut intervenir dans des circonstances diverses. Il peut avoir lieu *cum ira animi*, c'est-à-dire dans un sentiment de haine, ou au contraire *bona gratia*, c'est-à-dire pour des faits qui n'impliquent aucune pensée de reproche ou d'indignité. Dans ce dernier cas, il n'y a pas nécessairement révocation ; mais, pour plus de sûreté et pour éviter des contestations, le mari fera bien de confirmer expressément la donation après le divorce.

Un refroidissement survenu dans les rapports entre époux sans aller jusqu'au divorce, constitue-t-il une révo-

cation tacite ? Oui, en 'principe ; cela résulte de la loi 32 § 12 qui ajoute d'ailleurs que si le refroidissement vient à cesser, il y aura en quelque sorte retrait de la révocation, et par conséquent confirmation de la donation. Par application de la même idée, lorsque les époux entre lesquels est survenue une donation, divorcent, puis se reconcilient, la donation peut, suivant les circonstances, être considérée comme confirmée (même loi § 11).

Le divorce peut être l'œuvre non seulement des époux eux-mêmes, mais encore de leur *paterfamilias*, qui avait le droit de l'imposer à son enfant, qui, en un mot, pouvait exercer en son lieu et place, le droit de répudiation. Un rescrit de nos Empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla lui enleva cette faculté, mais en lui laissant le droit, lorsqu'il avait fait des donations à son gendre ou à sa bru, de lui signifier un *repudium* ayant pour effet de révoquer la donation (L. 32 D. à notre titre). Le mariage subsistait sans doute, mais la donation tombait.

3° La confirmation exige que le donateur précède au donataire. Donc le prédécès de ce dernier fait obstacle à la confirmation, et laisse la donation soumise à la nullité. Le motif est que la donation entre époux est faite *intuitu personæ* ; le donateur a voulu gratifier son conjoint, et non pas les héritiers de celui-ci.

La question du prédécès peut donner lieu à quelque difficulté, dans le cas où la libéralité s'adresse non au conjoint, mais à son père de famille. Ainsi Prima, au lieu de donner à son mari Secundus, donne à Tertius, le

paterfamilias de celui-ci. On se demande alors si le prédécès de Tertius emportera la révocation de la donation, ou si au contraire la libéralité sera considérée comme maintenue au profit de Secundus, pour devenir définitive s'il survit à la donatrice. Il faut distinguer (L. 32 § 18 D. à notre titre). Si le mari est l'unique héritier de son *paterfamilias* Tertius, et que la femme ne reprenne pas les biens donnés à la mort de ce dernier, elle était considérée comme les ayant repris, puis immédiatement rendus au mari, en vertu d'une nouvelle donation qui devenait définitive par le prédécès de la femme au mari, survenu sans révocation. Si le mari n'était pas unique héritier, la donation tombait, et la femme n'avait qu'à reprendre le bien donné, sauf évidemment le droit pour elle de le donner de nouveau au mari. Mais l'héritier Tertius n'avait aucun droit aux biens donnés à son auteur dans les circonstances supposées.

Il peut arriver qu'il soit difficile de savoir lequel des 2 époux a survécu à l'autre : il en est ainsi quand ils ont trouvé la mort dans un même accident, par exemple dans un naufrage ou un incendie. Ulpien tranche la difficulté en faveur du donataire (L. 32 § 14 D. à notre titre). Cette décision est inspirée par un sentiment de faveur pour la libéralité ; mais elle est fort critiquable au point de vue des principes généraux. La règle est que celui qui prétend avoir un droit, doit le prouver. Or, les héritiers du donataire prétendent que la donation se trouve confirmée par le prédécès du donateur : ils devraient par conséquent être chargés de prouver ce prédécès. On invoque, pour justifier

la décision d'Ulpien, l'analogie de notre hypothèse avec celle de la donation à cause de mort. Mais il y a une grande différence entre les 2 sortes de donation, différence qui est décisive au point de vue qui nous occupe. La donation *mortis causa* n'est pas nulle, sauf la confirmation, mais valable, sauf révocation. C'est donc à celui qui allègue la révocation par le prédécès du donataire, c'est-à-dire aux héritiers du donateur, à faire la preuve. Au contraire notre donation est nulle et non avenue ; l'exécution qui a pu intervenir est un simple fait sans valeur juridique, tant qu'il n'y a pas eu confirmation. Celui qui veut se prévaloir de la donation doit donc tout d'abord prouver la confirmation, c'est-à-dire la survie du donataire ou donateur. Or comme cette preuve est impossible à fournir par hypothèse, la donation devrait être considérée comme demeurée nulle.

Pour justifier sa solution, Ulpien tire argument de certaines expressions du sénatus-consulte, qui annule la donation « *si prior vita decesserit qui donatum accepit.* » Or, cette condition de la nullité doit être considérée comme défaillie, du moment qu'il est impossible de prouver qu'elle est accomplie. Nous répondrons qu'il ne faut pas tirer argument d'un simple accident de rédaction, et faire résoudre à un texte une question qu'il n'a pas prévue. Le texte, comme l'esprit du sénatus-consulte, établit d'une façon certaine que les donations entre époux ne sont pas valables, sauf révocation, mais bien nulles, sauf confirmation. Donc c'est à celui qui invoque la validité de fournir la preuve de la confirmation, c'est-à-dire dans l'espèce, du prédécès du donateur.

Quoi qu'il en soit, la décision d'Ulpien est certaine ; elle était d'ailleurs partagée, comme il nous l'indique lui-même, par Paul et Marcien. Seulement, nous remarquons que c'est une décision de faveur, et non pas une application des règles ordinaires sur la preuve.

CHAPITRE IV

Du cas où le donateur tombe en captivité, devient servus poënce, ou est condamné à la déportation.

Remplaçons maintenant l'hypothèse de la mort des époux par celle de leur captivité. C'est le cas prévu par Ulpien dans le § 14 de notre même loi 32. Primus fait une donation à Secunda et devient captif. Meurt-il en captivité ? Il est, en vertu de la fiction *Cornelia de falsis*, considéré comme mort au moment où il a été fait prisonnier, et cette même fiction qui donne valeur à son testament, confirme la donation. Revient-il à Rome ? La fiction du *postliminium* rend la force à la fois à son testament et à la donation, si, jusqu'à son décès, il ne la révoque pas.

Est-ce la femme donataire qui est faite captive ? Si elle meurt chez l'ennemi, la donation est nulle, puisqu'elle est considérée comme morte au moment où elle est tombée en captivité, par conséquent comme prédécédée au mari. Si elle revient à Rome, la donation reprendra sa valeur et sera valable si le mari est mort sans l'avoir révoquée.

Enfin les deux époux ont-ils été faits prisonniers en même temps ? S'ils meurent tous les deux chez les ennemis, la donation est valable d'après la théorie que nous avons donnée pour les comourants. S'ils reviennent tous

les deux à Rome, la donation reprend son effet en vertu du *postliminium*.

Si un seul revient, on retombe dans l'hypothèse précédente, celle où un seul des conjoints a été fait captif.

Enfin, nous devons examiner si la donation ne peut pas être confirmée par la mort civile du donateur, c'est-à-dire, par l'esclavage de la peine, *servitus pœnæ*, ou par la déportation. La question doit se résoudre par une distinction d'époques.

Avant Constantin, aucun mode de confirmation autre que celui prévu par le sénatus-consulte, n'était possible. Il n'y avait d'exception que pour les militaires. Lorsqu'un militaire avait encouru la peine capitale par suite d'un crime, relatif à ses fonctions, il avait néanmoins le droit en général de faire son testament (L. 6 § 6 D. 28, 3). Dès lors sa mort validait la donation qu'il avait pu faire à sa femme. En effet, celui qui a la capacité de tester, peut faire une donation *mortis causa* (L. 32 § 8 D. à notre titre); dès lors il peut donner à son époux, à raison de l'analogie qui existe, sous le sénatus-consulte, entre les donations entre époux et les donations *mortis causa*, et sur laquelle nous allons bientôt insister. Cette décision est parfaitement logique, car le militaire, pouvant tester, pouvait confirmer expressément la donation dans son testament; or, le silence du testateur est considéré par le sénatus-consulte comme une ratification tacite suffisante. A part cette exception, il faut dire que le donateur ayant perdu, par une peine capitale, la capacité de tester, ne pouvait faire une confirmation testamentaire de la donation antérieurement faite à son conjoint.

Constantin, faisant prévaloir l'intérêt de l'époux donataire sur celui du fisc, décide qu'une condamnation emportant *servitus pœnæ* entraînera la confirmation de la donation antérieurement faite par le condamné à son conjoint (L. 24 C. à notre titre). En ce qui touche la déportation, Constantin décida que si le donateur déporté mourait, sans avoir révoqué sa donation, elle se trouverait confirmée.

Enfin Justinien, ayant supprimé la servitude de la peine (nouvelles 22 et 28), le sort de la donation, en cas de condamnation *ad metallum*, était le même qu'au cas de déportation : au lieu de devenir immédiatement valable comme sous Constantin, elle demeurait *in pendent*i jusqu'à la mort du condamné, et valait, si celui-ci mourait sans avoir révoqué.

CHAPITRE V

De l'analogie des donations entre époux avec les donations
mortis causa.

Il résulte des explications précédentes que les donations entre époux deviennent très semblables aux donations *mortis causa*.

En effet, d'une part elles sont révocables à volonté ; d'autre part, elles deviennent définitives par le prédécès du donateur survenu sans qu'il ait révoqué. Les jurisconsultes furent frappés de cette ressemblance, et soumirent les donations entre époux aux règles des donations *mortis causa*, qui étaient elles-mêmes empruntées à celle des legs. Ainsi elles furent soumises à la réduction de la loi Falcidie (L. 32, § 1. D. à notre titre), tout comme les donations à cause de mort (L. 5, *ad. leg. Falc.* L. 42, § 1 *de mort caus. don.*), et les fideicommiss (Instit. II. 23. § 5). Cela se comprend très-bien, car étant réputées confirmées par testament, elles constituent en quelque sorte des libéralités testamentaires ainsi que le dit Ulpien : « *De Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit : cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est* ». De même, dans la loi 12 C. *ad. leg. Falc.*, nous lisons que les donations entre époux sont soumises à la loi Falcidie *quando fideicommissi partibus funguntur*.

Ainsi les donations entre époux rentrent dans la masse

héréditaire dont on doit déduire le $\frac{1}{4}$ pour le réserver à l'héritier institué. On sait d'ailleurs que ce $\frac{1}{4}$ n'est pris que sur cette masse nette, c'est-à-dire défalcation faite de toutes les dettes héréditaires (L. 87, § 2. D. *ad. leg. Falc.* ; L. 6, pr. C. au même titre). La réduction était ensuite opérée proportionnellement sur les donations entre époux comme sur toutes les libéralités testamentaires, à moins que le testateur n'ait disposé formellement que telle disposition serait exécutée par préférence aux autres, clause qui était parfaitement licite (Lois 64 et 88 § 2. D. *ad. leg. Falc.*). Il en serait ainsi par exemple, s'il s'agissait de choses que le mari a achetées pour sa femme, et adaptées à ses besoins (L. 81, § 2, D. au même titre).

Toutefois, nous pensons avec M. Machelard (Textes, p. 282 à 284), qu'il y a lieu de faire une distinction en ce qui touche l'application de la loi Falcidie à nos donations. S'il s'agit de donations nulles avant le sénatusconsulte, et devenues valables en vertu de la ratification tacite supposée dans le testament du donateur, il y a évidemment lieu d'appliquer la loi Falcidie. Mais, s'il s'agit de donations qui, même avant le sénatusconsulte, étaient pleinement valables, comme les dons d'usage, les donations *exsilii ou divortii causa*, etc., comme ce n'est pas par une confirmation testamentaire tacite qu'elles valent, il y a lieu de les traiter, à l'égard de la loi Falcidie, comme des donations entre vifs.

De même les donations entre époux, bien entendu sous la distinction que nous venons de faire, tombent, comme

les donations *mortis causa*, sous le coup des lois décimaires (Fragments du Vatican, § 294).

Ce caractère des donations entre époux fut modifié sous Justinien, qui leur ôte leur ressemblance avec les donations *mortis causa* pour leur rendre leur nature de donations entre-vifs. Nous avons déjà dit que ce prince avait sanctionné le simple pacte de donation entre-vifs. Le barreau d'Illyrie lui demanda si cette règle devait être appliquée aux donations entre époux, ou si on devait procéder comme pour les donations *mortis causa*, aux actes d'exécution pour les rendre parfaites. Justinien décida que le simple pacte de donation entre époux serait sanctionné tout comme pour les donations entre-vifs (*Novelle* 152, ch. 1).

D'autre part, Justinien soumit les donations entre époux à l'insinuation, formalité qui n'était pas applicable aux donations *mortis causa*, mais seulement aux donations entre-vifs. De deux choses l'une : ou cette formalité a été remplie ou elle ne l'a pas été. Au premier cas, la donation entre époux, en la supposant bien entendu confirmée par le prédécès du donateur, vaut comme donation entre-vifs et rétroagit au jour de la convention. Dans le second cas, il faut distinguer. Dans la mesure de 500 solides, elle vaut comme donation entre-vifs, avec effet rétroactif, par cela seul qu'il n'y a pas eu changement de volonté chez le donateur. Mais pour ce qui excède 500 solides, elle ne vaut que comme donation *mortis causa*, pour l'avenir seulement et à la condition d'avoir été expressément, et non

pas seulement tacitement, confirmée par le testament (L. 25, C. V, 16 ; *Novelle* 62, Ch. I, § 2).

Par cette dernière décision comme le dit très-bien M. Accarias (*Précis*, n° 310), Justinien rétrogradait au-delà du sénatusconsulte. C'était un recul dans la voie du progrès, car le sénatusconsulte se contentait avec raison d'une confirmation tacite, qui résultait bien certainement de ce que le disposant était mort sans avoir marqué de volonté contraire, tandis que Justinien exige une confirmation expresse. C'était aussi un défaut de logique, car le donateur a voulu ou n'a pas voulu confirmer ; or, Justinien lui fait confirmer une partie de la donation et non l'autre.

QUATRIÈME PARTIE

Restrictions particulières apportées au Bas-Empire à la faculté de disposer entre Époux, lorsque le donateur est marié pour la seconde fois.

Pendant longtemps la loi romaine ne prit pas de disposition spéciale pour le cas où l'époux donateur était engagé, pour la seconde, fois dans les liens du mariage. Cependant la plus simple observation des faits montre que c'est dans ce cas que la donation présente le plus de dangers. Lorsqu'aucun des deux conjoints n'a été précédemment marié, il est moins à craindre que l'un ne cherche à arracher des donations à l'autre, puisque ces donations seraient faites aux dépens de ses propres enfants. Mais, lorsque l'un des époux a déjà été marié et qu'il laisse des enfants de son premier lit, son nouveau conjoint ne manquera guère d'employer tous les artifices pour enlever à ces enfants le patrimoine de leur auteur.

Comment expliquer dès lors la prévoyance de la Loi ? A l'époque de la République, où les mœurs avaient un gardien vigilant et sévère dans le censeur, et où d'ailleurs les seconds mariages étaient moins fréquents par suite de la rareté des divorces, le conjoint remarié ne s'avisait pas de dépouiller à la légère ses enfants du premier lit au profit de son nouvel époux. La menace de la note d'infamie suf-

fisait à prévenir cette violation des devoirs de famille. Sous l'Empire, le législateur, effrayé du dépeuplement de la cité, poursuivait un but auprès duquel l'intérêt de la famille lui paraissait secondaire, celui de la procréation légitime.

On voulait avant tout que le veuf se remariât : on le frappait même de déchéance, s'il n'obéissait pas promptement à ce vœu du législateur. Il eût été dès lors illogique d'entraver sa nouvelle union, en l'empêchant de disposer au profit de son nouvel époux.

Au Bas-Empire, l'influence du Christianisme remplaça, par un courant tout contraire, l'esprit qui avait inspiré les lois caducaires. La continence du veuf, et surtout de la veuve, parut plus morale et plus digne d'encouragement que le convol à une nouvelle union. Une constitution de 381 (L. 2, C. de sec. nupt), porta de dix mois à un an le délai pendant lequel il était interdit aux veuves de se remarier.

Les inconvénients des donations entre époux, dont l'un avait déjà été marié, au point de vue des enfants du premier lit, apparurent plus nettement au législateur, alors qu'il ne voyait plus d'intérêt public à encourager les seconds mariages, et qu'au contraire la nouvelle religion tendait à les repousser. On remarqua que parfois une veuve donnait à son nouveau mari des biens que lui avait donnés le premier, violant ainsi à la fois l'intention du donateur et l'intérêt des enfants.

Distinguons dans l'étude des restrictions, apportées par les empereurs à la faculté de donner au second conjoint : 1° les donations ayant pour objet les biens que

le donateur tient de la libéralité de son premier conjoint ;
 2° les donations portant sur les biens acquis par le donateur de toute autre manière.

1° *Donations portant sur les biens que l'époux donateur doit à la libéralité de son premier conjoint.*

Dès l'année 382, les empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er}, rendirent une constitution (L. 3. C. *de sec. nupt.*), bien connue sous le nom de loi « *feminae quæ* », parce qu'elle commence par ces mots, et qui a pour objet de protéger, dans cette hypothèse, les enfants du premier lit.

Aux termes de cette constitution, la femme qui, ayant des enfants d'un premier lit, se remarie, ne peut disposer des biens qu'elle doit à la libéralité de son premier mari, qu'en faveur des enfants qu'elle a eus de lui.

Au reste, si elle en a plusieurs, elle n'est pas tenue de leur laisser ces biens par portions égales, elle peut les partager entre eux à son gré. Mais elle n'a pas le droit de les donner à son second mari, ni aux enfants qui lui en sont nés. La libéralité qu'elle avait reçue de son premier mari, se trouvait en quelque sorte, par le fait même de son second mariage, frappée de substitution au profit des enfants du premier lit. Sous une autre forme, on peut dire que ce second mariage transportait la propriété des objets donnés aux enfants du premier lit, sous réserve de l'usufruit qui restait à leur mère. Par conséquent, si cette dernière s'avisait d'aliéner pendant son mariage les biens dont nous parlons, cette aliénation était subordonnée, pour sa validité, à la condition suspensive du prédécès des enfants du pre-

mier lit. Justinien alla plus loin, en soumettant à la même condition, dans sa novelle 2 chap. 3, même l'aliénation antérieure au convol.

La faculté laissée à la femme de partager entre ses enfants du premier lit, les biens qui lui avaient été donnés par son premier mari, a été supprimée par Justinien dans la novelle 2 ch. 12, et 22 ch. 25. Les enfants du premier lit furent considérés comme nu-propriétaires de ces biens par indivis, chacun pour une part virile.

La loi « *feminæ quæ* » contenait une autre disposition qui se rattache à notre sujet, en ce qu'elle constitue une sorte d'extension de la précédente. Lorsqu'un des enfants que la femme remariée avait eus de son premier lit, venait à mourir, les biens qu'elle recueillait dans sa succession se trouvaient entre ses mains grevés de substitution au profit des autres enfants du même lit, frères germains du défunt. Elle ne pouvait en disposer qu'au profit de ces derniers. Il s'agissait en effet des biens provenant du premier mari ; il ne fallait pas qu'ils profitassent au second mari, ni aux enfants du second mariage.

Cet avantage fait aux enfants du premier lit amena le législateur à accorder, dans un sentiment de juste réciprocité, un avantage analogue aux enfants du second lit. Aux termes d'une constitution, rendue en 422 par les Empereurs Théodose II et Honorius (L. 4 C. de sec. nupt.), les biens que la femme remariée tient de la libéralité de son nouvel époux, sont indisponibles pour elle : ils sont grevés sur sa tête de substitution au profit des enfants du second lit : elle ne peut pas les donner aux enfants de son premier mari.

Cette règle fut plutôt dictée par un certain sentiment logique que par la nécessité d'obvier à des inconvénients réels. Les motifs qui avaient inspiré la loi « *feminæ quæ* » ne s'appliquaient pas ici. Si les enfants du premier lit étaient menacés de voir leur échapper les biens que leur mère tenait de la libéralité de leur père, par suite de la pression exercée sur elle par son nouvel époux, il est clair que les enfants du second lit n'avaient pas le même danger à craindre : leur père n'allait certes pas s'efforcer de faire gratifier par sa femme des enfants qu'elle a eus d'un autre homme.

Les mêmes Empereurs furent à notre avis mieux inspirés en remarquant que les enfants n'ont pas moins à redouter l'influence d'une belle-mère, que celle d'un beau-père, et en étendant la prohibition dont on frappait la veuve, au veuf qui, ayant des enfants d'un premier lit, convoitait à un nouveau mariage (L. 5 pr. C. de sec. nupt). Il lui est interdit de disposer des biens qui lui ont été donnés par sa première femme, au profit de tous autres que ses enfants du premier lit. Ceux-ci peuvent même (même loi § 1^{er}), sans venir à la succession de leur mère prédécédée, recueillir dans celle de leur père remarié, les biens qu'il tient de sa première femme.

2° *Donations portant sur des biens que l'époux donateur ne tient pas de son premier conjoint.*

En 467, les empereurs Léon et Anthénien promulguèrent une constitution célèbre qu'on désigne ordinairement sous le nom de loi « *Hac edictali* » (L. 6. C. de sec. nupt),

aux termes de laquelle un conjoint demeuré veuf avec des enfants de son époux précédé, ne pourra pas, en se remariant, donner à son nouveau conjoint plus d'une part d'enfant le moins prenant. Si cette quotité était dépassée, la libéralité était réductible, mais le retranchement devait revenir exclusivement aux enfants du premier lit. Justinien, après avoir supprimé cette dernière règle par la constitution « *quoniam* », d'après laquelle la réduction devait profiter à tous les enfants du disposant (L. 9. C. de sec. nupt), la rétablit par la novelle 22, ch. 1^{er}. Nous verrons qu'en droit français, c'est l'opinion contraire, celle que consacrait la constitution « *quoniam* », qui prévaut en doctrine et en jurisprudence.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

Le législateur a restreint la faculté pour un propriétaire de disposer de ses biens à titre gratuit au profit de deux catégories de parents, les descendants et les ascendants. Celui qui ne laisse pas de parents de ces qualités, peut disposer de ses biens en toute liberté, et ne laisser absolument rien à ses collatéraux, pourvu qu'il soit capable de donner, et le gratifié capable de recevoir.

Les collatéraux ne sont pas davantage favorisés dans le cas particulier où le donataire est l'époux même du donateur, et d'autre part le législateur a gardé, dans cette hypothèse, la même pensée de protection pour les ascendants et descendants du conjoint donateur ; seulement il ne les a pas protégés dans la même mesure qu'en face d'un donataire étranger. Les réservataires restent les mêmes, mais la quotité disponible et par suite la réserve, qui n'est

que la partie non disponible de la succession, sont changées. En un mot, la loi a établi une quotité disponible spéciale entre époux, et ce parallélisme de deux disponibles n'est certes pas la moindre des difficultés que nous rencontrerons dans cette étude.

Ce qui caractérise d'une façon générale le règlement du disponible spécial entre époux, c'est que le législateur s'est moins préoccupé de la protection des héritiers réservataires, que de la situation qu'il convient de faire au conjoint survivant.

L'époux donateur laisse-t-il des ascendants ? Il peut donner à son conjoint le disponible ordinaire, et en outre l'usufruit de la réserve des ascendants.

Laisse-t-il des descendants ? Il peut lui donner la moitié de ses biens en usufruit, ou même un quart en usufruit et un quart en pleine propriété.

Le législateur veut ainsi permettre à l'époux prémourant de faire à l'autre un état de fortune tel, qu'il puisse mener le même train de vie qu'il avait pendant le mariage : or, il suffit évidemment pour cela qu'il lui laisse la moitié de ses revenus.

Dans la plupart de nos anciennes coutumes (on ne cite guère que les coutumes de la Rochelle, de la Marche et d'Issoudun qui fissent exception), le mari prémourant n'avait pas besoin de prendre cette précaution. Sa veuve avait légalement l'usufruit de la moitié de la succession, du moins dans la coutume de Paris, et en droit commun coutumier ; par exception certaines coutumes, surtout dans l'Ouest et en général dans les provinces qui avaient été

sous la domination anglaise à l'époque de Philippe-Auguste (Normandie, Bretagne, Anjou, Maine, Poitou) fixaient le douaire à un tiers. Le législateur aurait évité bien des complications s'il avait conservé ce système. Il a préféré placer le conjoint survivant au dernier rang des héritiers, en laissant au prémourant le soin de réparer cette situation en faisant à son conjoint, par une disposition formelle, le sort qui lui était de plein droit assuré par les Coutumes. La loi nouvelle de 1891 a d'ailleurs notablement amélioré la situation du conjoint d'un défunt intestat. D'une façon générale, elle lui donne l'usufruit d'un quart de la succession, si l'époux prémourant laisse des enfants, et l'usufruit de la moitié au cas contraire. En se plaçant dans le cas, qui est le plus fréquent, où le conjoint prémourant laisse des enfants, on voit que la situation faite au survivant, même depuis la loi de 1891, est insuffisante ; il faut que le défunt fasse une donation formelle à son conjoint pour lui permettre de continuer la même existence, de conserver le même bien-être matériel.

Il n'y a pas de difficulté lorsque l'époux prémourant ne fait aucune disposition au profit de son conjoint. Celui-ci ne peut alors qu'invoquer le droit que lui donne la loi de 1891. Mais comme il ne s'agit que d'un droit de succession *ab intestat*, l'époux se trouve sacrifié si le *de cujus* a disposé de la totalité ou d'une importante partie de son patrimoine, par don ou par legs, au profit soit de ses parents, soit de tiers quelconques. Le conjoint survivant, n'étant pas réservataire, ne saurait critiquer ces libéralités. Il n'y a pas de difficulté sérieuse non plus quand le *de cu-*

jus n'a disposé qu'au profit de son conjoint, si ce n'est la question de savoir si la quotité de l'art. 1094 est de faveur ou de rigueur. Les controverses surgissent au contraire lorsqu'il adresse des libéralités à la fois à son conjoint et à des tiers ; il s'agit alors de combiner le disponible ordinaire avec le disponible spécial entre époux.

Nous diviserons nos explications en 4 parties :

Dans la première, nous rechercherons le montant de la quotité disponible entre époux ;

Dans la seconde, nous étudierons les questions que soulève le concours du disponible spécial entre époux avec le disponible ordinaire ;

Dans la troisième, nous nous occuperons des donations indirectes entre époux, et des fraudes destinées à éluder les règles sur la quotité disponible ;

Dans la quatrième enfin, nous examinerons la sanction des restrictions apportées par la loi à la faculté de disposer entre époux, en un mot, la réduction des donations excédant le disponible.

PREMIÈRE PARTIE

Montant de la quotité disponible entre époux

Nous examinerons en trois chapitres distincts :

1° Le cas où le donateur ne laisse pas d'héritiers réservataires ;

2° Le cas où il laisse pour réservataires des ascendants ;

3° Le cas où il laisse pour réservataires des descendants.

CHAPITRE PREMIER

Le donateur ne laisse pas d'héritiers réservataires

Cette hypothèse est très simple. Le législateur ne l'a même pas prévue, et l'a par conséquent laissée soumise au droit commun. Comme la liberté de disposer ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte formel de loi, l'époux pré-mourant qui ne laisse aucun héritier à réserve, peut évidemment donner au survivant la totalité de sa fortune.

Dans ce cas, par conséquent, la quotité disponible spéciale est identique à celle du droit commun : elle comprend le patrimoine entier.

On a, avec raison à notre avis, critiqué cette décision au nom de l'intérêt de la famille. En effet, de deux choses l'une, dit en substance M. Demolombe :

Ou le mariage n'a eu que peu de durée, et alors la libéralité n'est-elle pas le résultat d'un amour aveugle, d'un entraînement irréfléchi ? N'est-il pas scandaleux que le patrimoine entier de Primus, grossi peut-être de la succession de ses parents, aille enrichir sa femme Prima, qui ensuite apportera cette fortune à un nouvel époux Secundus, qui n'aura point les qualités nécessaires pour la faire fructifier ? Ce résultat n'est-il pas contraire à la bonne administration des biens, autant qu'à l'organisation de la famille ?

Ou bien le mariage a duré longtemps. Alors l'époux survivant sera âgé ; il ne tardera pas à mourir et à transmettre à sa propre famille les biens qui proviennent des efforts et des économies accumulés de la famille de son conjoint défunt.

Mais, ajoutent les défenseurs de la loi, cette faculté de disposer laissée au prémourant, n'est que l'application du droit commun. Puisqu'il pourrait donner son patrimoine entier à un étranger qui ne le touche en rien, ne serait-il pas illogique qu'il ne pût se montrer aussi libéral envers un conjoint qui lui adoucit l'existence en l'entourant d'affection et de soins ? Je réponds que la famille est suffisamment protégée contre l'abus des dispositions faites au profit d'un étranger, par la raison même du disposant, qui n'ira pas, sans motif sérieux, dépouiller ses parents, au profit d'un étranger, tandis qu'une passion aveugle peut très-bien le porter à les déshériter au profit d'un conjoint hypocrite. Il y a ici des raisons spéciales de protéger la famille, et il nous semble qu'on peut faire un reproche au législateur de n'en avoir pas tenu le moindre compte. Il a songé, dans l'art. 908, à protéger la famille légitime contre des dispositions exagérées en faveur d'enfants naturels. Il nous paraîtrait non moins nécessaire de limiter les donations au conjoint.

Quoi qu'il en soit de cette controverse qui appartient moins au droit qu'à la législation et à l'économie politique, la solution est certaine : un conjoint qui n'a ni ascendants ni descendants peut donner la totalité de ses biens à son conjoint, soit entre vifs, soit par testament.

CHAPITRE II

Le conjoint donateur laisse pour héritiers réservataires des ascendants

Aux termes de l'art. 1094, al. 1 : « L'époux pourra, soit
« par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour
« le cas où il ne laisserait point d'enfants ni de descen-
« dants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété,
« de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un
« étranger, et en outre, de l'usufruit de la totalité de la
« portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice
« des héritiers. »

On peut résumer cette disposition dans la formule suivante, plus simple et plus claire : « Le conjoint qui laisse pour réservataires des ascendants, peut donner à son conjoint survivant toute la quotité disponible ordinaire, plus l'usufruit de la réserve : dans ce cas, le droit des ascendants se trouve restreint à la nue-propriété de leur réserve. » Il y a là, en faveur de l'époux donataire, une extension remarquable de la quotité disponible ordinaire. Le disponible spécial excède le disponible ordinaire de tout l'usufruit de la réserve des ascendants. Mais alors, que devient cette réserve ? Elle se trouve restreinte à un droit illusoire, à la nue-propriété de la réserve ordinaire.

Il est devenu presque banal de signaler l'étrangeté de cette décision. Voici l'explication qui a été donnée de

cette mesure par le tribun Jaubert : « Paraîtra-t-il trop
« rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la
« réserve ? C'est, en quelque sorte, ne laisser la réserve
« que pour leurs héritiers ; mais c'est la faveur du ma-
« riage. Pourquoi la mort d'un époux changerait-elle la
« position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont
« ouverts que par l'interversion du cours de la nature ? »
(Fenet, XII, p. 621).

Ce raisonnement ne nous paraît pas bon ; il conduirait à une tout autre conséquence que celle qu'il s'agit de justifier. La mort de l'un des époux ne doit pas changer la position de l'autre, dit Jaubert. Mais la quotité disponible ordinaire ne suffisait-elle pas pour ce but ? Pour continuer la même existence, le survivant n'a besoin que de la moitié des revenus du prémourant, et tel est le point de vue qui a justement guidé le législateur dans le cas où le donateur laisse des enfants communs (art. 1094, al. 2).

Or, le disponible ordinaire comprend plus que cet usufruit, puisqu'il est de la moitié ou même des trois quarts du patrimoine en toute propriété, selon que le disposant laisse des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule. Le motif invoqué par Jaubert aurait donc dû conduire le législateur plutôt à restreindre le disponible ordinaire qu'à l'augmenter.

Jaubert ajoute que les droits des ascendants ne se sont ouverts que par suite « d'une interversion du cours de la nature ». Est-ce une raison pour ne tenir aucun compte de ces droits ? Si oui, il ne faut pas seulement réduire la réserve à un droit illusoire, il faut la supprimer.

Si au contraire il paraît excessif de sacrifier les ascendants, il faut leur assurer une réserve utile, et non un droit illusoire.

M. Colmet de Santerre (Cours analytique, IV, n° 273 bis) s'est efforcé de justifier la loi, en disant que la solution inverse consistant à donner au conjoint la nue propriété de la réserve ordinaire des ascendants, en restreignant ceux-ci à l'usufruit de cette réserve, aurait eu pour résultat de priver à tout jamais de cette portion de biens la famille du disposant. Mais je réponds que le législateur n'était pas forcé, pour ne pas édicter la prescription que nous critiquons, d'adopter la solution inverse. Il n'avait qu'à laisser s'appliquer dans l'hypothèse le disponible ordinaire, et maintenir la réserve en toute propriété que l'art 915 donne aux ascendants.

Proudhon (*Traité des droits d'usufruit*, I, n° 353) a répondu à la critique formulée contre la loi, en disant que les ascendants étaient suffisamment protégés par la dette alimentaire qui grève l'époux donataire, comme condition de son usufruit ; c'est là, dit-il, une des charges annuelles de la jouissance. Mais cette observation de Proudhon nous paraît purement arbitraire. Le conjoint n'est tenu à la dette alimentaire envers les ascendants de son conjoint, qu'en qualité d'allié, et nullement en qualité d'usufruitier ; or, la loi ne lui impose cette obligation que dans le cas où il y a des enfants du mariage (art. 206), c'est-à-dire dans une hypothèse qui n'est pas la nôtre.

Nous concluons que le reproche fait à la loi est parfai-

tement fondé. « Il est vraiment dérisoire, dit avec raison M. de Maleville, de renvoyer les ascendants pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont ordinairement de moins qu'eux, l'âge d'une génération ». (Analyse raisonnée de la discussion du Code civil, II, p. 537).

On peut signaler à ce propos, un cas intéressant. Supposons que le testateur, qui a disposé au profit de son conjoint, soit majeur de 16 ans, mais mineur de 21 ans, et qu'il meure laissant pour héritier son père et son frère. Le testateur n'a pu valablement disposer que de la moitié de ce que majeur il aurait pu donner. Or, majeur, il aurait pu donner à son époux les trois quarts de son patrimoine, plus le quart en usufruit.

Donc mineur il n'a pu donner que :

1^o La moitié des trois quarts en propriété. L'autre moitié revient au frère, franche de tout usufruit ; le testateur n'a pu grever cette partie d'un droit d'usufruit au profit de son conjoint.

2^o La moitié du quart en usufruit. Ainsi l'on voit que la réserve du père se trouve diminuée d'un droit d'usufruit portant sur la moitié de cette réserve, tandis que le frère a, en toute propriété, la moitié des trois autres quarts. Le frère non réservataire se trouve donc plus efficacement protégé contre les dispositions faites par le *de cujus* à son conjoint, que le père lui-même, auquel la loi accorde une réserve (Sirey, 42, 2, 124 ; 79, 2. 217 ; 80, 1, 295 ; Aubry et Rau, VII § 639, note 3 ; Laurent, XV, n^o 345).

Cette critique à la loi étant faite, il nous faut, en inter-

prête fidèle, reconnaître que son texte est formel, et l'appliquer franchement.

Certains auteurs ont tâché de l'éluder en disant qu'il faut une disposition formelle et spéciale de l'époux donateur pour qu'on puisse attribuer à son conjoint donataire, outre le disponible ordinaire, l'usufruit de la réserve. Dans ce système, si l'époux a simplement dit : « Je lègue à mon époux tous mes biens » ou encore « tout ce dont la loi me permet de disposer » ou « ma quotité disponible », l'époux donataire n'aura droit qu'au disponible ordinaire ; il ne pourra pas réclamer l'usufruit de la réserve (Toulouse, 24 août 1868, S. 69, 2, 119).

Nous n'hésitons pas à écarter ce système. Il n'y a pas dans notre droit de termes solennels ; il faut faire produire à la volonté certaine du disposant, tout l'effet qu'elle comporte légalement. Le tribunal devra rechercher en fait l'intention du donateur, et, s'il apparaît clairement qu'il a voulu laisser à son conjoint le maximum disponible, il faudra comprendre dans la donation l'usufruit de la réserve des ascendants. (En ce sens, Cass. req., 15 mai 1865, S., 65, 1, 377).

CHAPITRE III

Le donateur laisse des descendants.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections, selon que le donateur ne laisse pas ou qu'il laisse des enfants d'un premier lit.

SECTION I

Le donataire ne laisse pas d'enfants d'un premier lit, mais seulement des enfants communs.

Primus est marié avec Prima et en a des enfants. Primus n'a d'ailleurs jamais été antérieurement marié, ou, s'il l'a été, il ne lui est pas resté d'enfants actuellement vivants de son mariage antérieur. Que pourra-t-il dans ces conditions donner à sa femme Prima ? L'article 1094 prévoit la question dans son 2^e alinéa, et la résout en ces termes :

« Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des
« enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux,
« ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit,
« ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. »

Ainsi l'un des conjoints peut, dans le cas que nous envisageons, donner à l'autre à son choix un quart en propriété et un quart en usufruit, ou les deux quarts, c'est-à-dire la moitié en usufruit seulement.

La bizarrerie de cette disposition frappe au premier coup d'œil. Puisqu'on peut donner le quart en propriété, il va de soi qu'on peut le donner en usufruit : qui peut plus peut moins. N'est-ce pas là une naïveté ? Plusieurs explications ont été fournies.

Nous ne mentionnerons que pour mémoire un système qui répond à ce reproche, en entendant l'expression « un quart en propriété » dans le sens d'un quart en nue propriété, ce qui reviendrait à dire que le donateur a le choix de donner un quart en nue propriété ou un quart en usufruit.

L'explication est très-ingénieuse, mais manifestement contraire à la pensée du législateur, qui connaissait assez les règles essentielles du droit pour ne pas désigner une simple « nue propriété » par le mot « propriété ». D'ailleurs, comme le font très-bien remarquer MM. Aubry et Rau, VII § 689, note 4, le mot propriété est employé dans le 1^{er} alinéa de l'article avec le sens incontesté de « pleine propriété ». Il est inadmissible que le même mot soit pris dans deux sens différents à deux lignes d'intervalle. Le législateur écrit pour être compris, et non pour être deviné.

Il y a une seconde explication plus simple et plus naturelle de l'article, qui a aussi le mérite de ne forcer en rien le sens habituel des mots, et de prendre le texte à la

lettre. Le législateur a défendu au donateur d'évaluer en usufruit le quart en propriété dont il peut disposer, et de donner ainsi plus de la moitié en usufruit. Le disposant aurait pu, par exemple, regarder ce quart de propriété comme équivalant à la moitié en usufruit. Il aurait été d'autant mieux fondé à établir cette équivalence, que c'est là précisément le mode employé d'après la loi fiscale elle-même (Loi du 22 frimaire an VII, art. 14 § 11 et art. 15 § 8), quand il s'agit d'appliquer les droits de mutation à une cession ou à une constitution d'usufruit : on traite l'acquéreur d'un droit d'usufruit comme s'il avait acquis la moitié de la pleine propriété. Il résulte de là que pour le législateur lui-même, le droit de propriété vaut deux usufruits, et par conséquent la propriété du quart d'un bien équivaut à l'usufruit de la moitié de ce bien. — C'est cette combinaison que repousse la loi, parce qu'une telle disposition n'est pas nécessaire pour permettre au conjoint survivant de mener la même existence qu'il avait du vivant du donateur : la moitié des revenus lui suffisent à cet effet.

Telle est l'explication classique et traditionnelle à laquelle nous nous rallions.

Lorsqu'on compare ce disponible spécial avec le disponible ordinaire fixé dans l'art. 913, on remarque que le premier est fixe et indépendant du nombre des enfants laissés par le disposant, tandis que le second varie entre la moitié et le quart, selon le nombre de ces enfants.

Si l'on suppose trois enfants ou un plus grand nombre, le disponible ordinaire n'est que du quart en propriété,

tandis que le disponible spécial entre époux comprend, non-seulement cette valeur, mais de plus, un quart en usufruit.

Le disponible spécial est donc plus fort. C'est le résultat que nous avons déjà remarqué lorsque le conjoint donateur laisse des ascendants pour réservataires (art. 1094, al. 1).

N'y a-t-il que deux enfants ? Le disponible ordinaire est du *tiers* ; le disponible spécial évalué en pleine propriété, en tenant compte du rapport précédemment indiqué, et consacré en matière fiscale, est de *trois huitièmes* : celui-ci excède donc le premier de $1/24$.

Mais si l'on suppose un seul enfant, le disponible ordinaire excède de $1/8$ en pleine propriété, en adoptant le rapport de la loi fiscale, ou, en mettant de côté ce rapport, $1/4$ en nue propriété, le disponible spécial. Peut-on accepter ce résultat, et décider qu'il n'est permis de donner à son conjoint que $1/4$ en nue propriété de moins que ce dont on pourrait gratifier un étranger ? Est-il admissible qu'un étranger soit mieux traité que l'époux ?

Cette décision de la loi a donné lieu à plusieurs explications.

Dans un 1^{er} système, soutenu par des jurisconsultes de grande autorité (Aubry et Rau, VII § 689, note 5, Valette, Mélanges, 1, p. 303), on soutient que le disponible spécial entre époux n'est qu'un minimum de faveur, et non un maximum de rigueur. En d'autres termes, lorsque — et c'est le cas général — le disponible ordinaire sera moindre que le disponible spécial, le donateur

sera évidemment libre de donner à son époux cette quotité spéciale plus étendue. Mais si, par hasard, et c'est notre hypothèse, le disponible spécial est moindre que le disponible ordinaire, rien n'empêche le donateur de disposer au profit de son époux conformément au droit commun, et de le traiter aussi favorablement qu'un étranger.

Nous n'hésitons pas, nous joignant à la grande majorité des auteurs et à une jurisprudence unanime, à repousser cette interprétation. Le législateur a réglémenté d'une façon particulière la quotité disponible entre époux ; l'art. 1094 se suffit à lui-même, et ne doit pas être complété par l'art. 913. Comme nous l'avons dit en commençant, ce que le législateur a eu en vue, c'est d'assurer au conjoint survivant, lorsque telle a été la volonté formelle du prémourant, le même train de vie qu'il avait pendant le mariage. Pour cela que faut-il de plus à cet époux survivant que la moitié des ressources dont jouissait le ménage ? Certes, on pourrait, sans nuire beaucoup à l'enfant unique du mariage, permettre un disponible plus fort. Mais il ne s'agit pas de ce qui est nécessaire à cet enfant : or, les besoins de ce dernier ne sont évidemment pas plus grands quand il n'a qu'un enfant, que lorsqu'il en a plusieurs.

Nos adversaires nous font trois objections :

1° Il est déraisonnable, et on ne saurait prêter une telle pensée au législateur, de voir coup sur coup dans la qualité d'époux, d'abord un titre de faveur, puis un titre de défaveur. Et ce qui est encore plus choquant, c'est de

faire intervenir cette défaveur pour l'époux alors que l'héritier qu'il s'agit de protéger est unique, et qu'il est assuré d'avoir pour lui seul toute la réserve. On favorise le conjoint quand il y a deux enfants ou un plus grand nombre, et on le traite plus durement quand il n'y en a qu'un. Le plus simple bon sens ne dit-il pas que, lorsqu'il n'y a qu'un enfant, les libéralités de son auteur risquent moins de le jeter dans la misère, puisqu'il ne subira de concours de personne sur la réserve, que lorsqu'un grand nombre d'enfants doivent se la partager. N'est-il pas absurde d'élargir le champ des libéralités quand il y a beaucoup d'enfants, et de le resserrer quand il n'y en a qu'un seul ?

Nous avons répondu par avance à cette objection, en remarquant qu'il ne s'agit pas de l'intérêt de l'enfant, qui assurément n'aurait pas lieu de se plaindre, même si on ne lui donnait que la moitié du patrimoine de son père, mais de l'intérêt du conjoint auquel on donne une satisfaction suffisante avec le disponible spécial de l'art. 1094.

D'autre part il importe davantage de restreindre les dispositions entre époux que les donations ordinaires, parce qu'elles sont beaucoup plus dangereuses pour l'enfant du donateur, celui-ci pouvant se laisser entraîner plus facilement à donner à son conjoint qu'à un étranger.

Enfin, on peut remarquer que dans notre hypothèse où existe un enfant unique, il s'agit en général d'un époux mort jeune, et laissant par conséquent un veuf en âge de se remarier. Il y aurait un certain scandale à voir ce nouveau mariage facilité par l'apport de la moitié du patrimoine de l'époux prédécédé en pleine propriété.

L'intérêt évident de l'enfant est non seulement que son père prémourant ne fasse pas des libéralités exagérées à sa mère veuve, mais aussi qu'elle ne se remarie pas. Est-il dès lors équitable de favoriser des donations qui ont le double résultat de le dépouiller directement du patrimoine paternel, et de faciliter le convol de sa mère à un second mariage ?

2° Le législateur ne dit pas : « L'époux ne pourra disposer que d'un quart en propriété et un quart en usufruit », mais bien « l'époux pourra ». Cette formule n'est pas prohibitive, mais simplement facultative. Il s'agit d'un minimum et non d'un maximum. On corrobore l'argument en invoquant l'art. 913, où la loi, voulant établir le maximum de la quotité disponible, a pris soin de dire : « Les libéralités ne pourront excéder, etc, ». On renvoie aussi aux art. 907, 908 et 909, où la loi édicte des restrictions à la faculté de donner. La comparaison de notre art. 1094 avec ces divers textes, montre qu'il s'agit d'une permission, et non d'une interdiction.

A cet argument de texte, je réponds deux choses :

a) L'intitulé du chapitre dont fait partie notre texte porte : « Des dispositions entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage ». L'art. 1091 déclare que les époux seront libres de se faire des donations « sous les modifications ci-après exprimées ». Enfin l'art. 1099 déclare que les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Donc le texte même du Code civil prouve que l'art. 1094 se suffit à lui-même, et ne doit pas être complété par les articles relatifs à la quotité disponible ordinaire, et si la formule expressément restrictive fait défaut dans l'art. 1094, elle se trouve dans l'art. 1099.

b). La formule de la loi peut être entendue même dans le sens de la prohibition. Dire qu'on pourra donner telle quotité, cela signifie, pour qui lit sans parti pris, qu'on ne peut pas donner plus. Si le législateur avait employé la formule « ne pourra donner que », cela aurait pu donner lieu à une difficulté en sens contraire. Certains interprètes n'auraient pas manqué de dire, au cas où il y aurait eu trois enfants ou davantage, que ce texte ne modifiait pas le maximum ordinaire, et que l'on ne pouvait pas donner plus d'un quart à son conjoint.

3° Dans le projet du Code civil, le disponible ordinaire ne variait pas avec le nombre des enfants ; il était invariablement fixé au quart des biens par l'art. 16 de ce projet, qui est devenu notre art. 913 (Fenet, XII, p. 416 et 417). L'art. 17 ajoutait qu'on ne pouvait pas disposer en usufruit d'une quotité plus forte qu'en pleine propriété. Enfin l'art. 151 est devenu notre article 1094 sans aucun changement, si ce n'est qu'on a remplacé le mot « peut » par le mot « pourra », ce qui n'apporte aucune modification de sens. Dès lors la pensée du législateur apparaît nettement. Il a voulu favoriser l'époux donataire. A un étranger, on ne peut donner que le quart des biens, tandis qu'à l'époux on

peut donner, outre cette quotité disponible ordinaire, un quart en usufruit. Si le donateur dispose en usufruit, il ne peut donner plus de la moitié, ce qui est une application du droit commun contenu dans l'art. 17.

Tel était le premier projet, celui de l'an VIII.

Lors de la révision du projet, en l'an XI, certains orateurs furent d'avis de modifier l'art. 16 (notre art. 913 actuel) et de faire varier le disponible ordinaire avec le nombre des enfants. Il paraissait d'une rigueur excessive, d'interdire au propriétaire de donner plus du quart de ses biens, lorsqu'il ne laissait qu'un seul enfant ; une réserve de moitié parut largement suffisante pour cet enfant unique. Aussi Cambacérès présenta-t-il un amendement consistant dans la rédaction actuelle de l'art. 913. Ce changement aurait dû entraîner logiquement la modification de l'art. 1094. Mais quand on vota ce dernier article, on ne pensa plus à l'amendement Cambacérès, et on oublia de le mettre en harmonie avec la nouvelle rédaction de l'art. 913. Quoi qu'il en soit, la volonté du législateur est certaine. Il a voulu traiter le conjoint mieux qu'un étranger, et c'est aller contre son intention que de refuser au conjoint donataire le bénéfice du disponible ordinaire.

Sans méconnaître la gravité de cet argument, qui nous touche assurément plus que les précédents, nous ne le croyons pas concluant. Les travaux préparatoires ne sauraient l'emporter sur le texte formel de la loi. Il nous paraît excessif de baser des solutions sur de prétendus oublis du législateur (Laurent, XV, n° 350).

Nous reconnaissons que dans le projet de l'an VIII, dû

à Jacqueminot, le législateur avait voulu traiter le conjoint plus favorablement qu'un étranger, en permettant de lui laisser en plus un quart en usufruit. Mais il ne nous paraît pas résulter forcément de là que la pensée du législateur ait été que ce disponible spécial entre conjoints devrait être augmenté, si on venait à élever par la suite le disponible ordinaire. Si tel avait été son sentiment, il n'aurait pas fait dans l'art. 151 (l'art 1094 actuel) deux alinéas dont le dernier seul établit une quotité fixe et invariable, tandis que le premier, visant le cas où le disposant laisse pour réservataires des ascendants, se réfère au disponible ordinaire. Il aurait adopté une rédaction uniforme permettant sans distinction de donner au conjoint le disponible ordinaire, et en plus l'usufruit, soit de la totalité de la réserve, au cas d'ascendants, soit d'une portion de cette réserve, au cas de descendants.

D'ailleurs, en poussant jusqu'au bout l'argument de nos adversaires, on arriverait à une conséquence, qu'ils seraient les premiers à répudier. Si l'on veut faire prévaloir la prétendue volonté des auteurs du projet de l'an VIII, sur le texte actuel de l'art. 1094, ce n'est pas le disponible ordinaire, c'est-à-dire dans notre espèce, la moitié de la succession dont il faudrait laisser la disposition au donateur au profit de son conjoint, mais bien la moitié en propriété, plus le quart en usufruit. Or, l'arbitraire de cette solution est si manifeste, que personne n'a encore songé à l'accepter.

Au reste, à s'en tenir même aux travaux préparatoires, ils ne sont pas aussi décisifs que le prétendent nos adver-

saires, et nous pouvons rétorquer l'argument. Plusieurs passages des discours des orateurs sont nettement favorables à notre opinion. Voici comment s'exprimait Jaubert devant l'assemblée générale du Tribunat : « Quant à l'émolument des dispositions entre époux, soit par donation, soit par testament, il faut distinguer. S'il reste des enfants du mariage, l'époux survivant ne peut avoir qu'un quart en propriété et qu'un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement. Si la disposition avait excédé ces bornes, elle serait réduite proportionnellement » (Fenet, XII, p. 624). Et si nous remontons à l'exposé même des motifs de Bigot-Préameneu, nous y lisons : « s'il laisse des enfants (il s'agit de l'époux donateur), il ne pourra être autorisé à laisser à l'autre époux qu'un quart de tous les biens en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de la totalité en usufruit. » Il paraît donc certain que dans la pensée même des auteurs du code civil, la quotité fixée dans l'art. 1094, était un maximum de rigueur. Il est vrai qu'en fait, ce maximum était un peu plus étendu que le maximum ordinaire, mais rien n'assure qu'en apportant une augmentation à ce disponible dans le cas particulier où il n'y a qu'un seul enfant, le législateur ait voulu augmenter également dans ce cas le disponible spécial. La plupart des auteurs et la jurisprudence sont dans le même sens (Cass., 4 janv. 1869. S. 69. 1. 45 ; Demol. VI, n° 500, et les autorités qu'il cite ; Laurent, XV, n° 350).

Aux termes de l'art. 917 c. civ., lorsqu'une donation entre vifs ou testamentaire a pour objet un usufruit ou

une rente viagère d'une valeur supérieure à la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve ont le choix, ou d'exécuter purement et simplement cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété du disponible ordinaire. On se demande si cet article doit être appliqué au cas où Primus a donné à Prima un droit d'usufruit sur plus de la moitié, par exemple sur les trois quarts de son patrimoine. En d'autres termes, les enfants qui ne veulent pas exécuter cette disposition excessive, doivent-ils abandonner, conformément à l'art. 917, le plus fort disponible de l'art. 1094, c'est-à-dire le quart en propriété et le quart en usufruit ? Ou faut-il décider au contraire que l'art. 1094 se suffit à lui-même, et que les enfants pourront faire réduire le disponible à la moitié en usufruit ?

Dédoublons la question selon qu'il s'agit d'un usufruit ou d'une rente viagère, car bien que nous admettions la même solution dans les deux cas, l'argumentation sera quelque peu différente.

1^{er} cas. — Il s'agit d'une disposition en usufruit. Nous repoussons l'application de l'art. 917.

Tout d'abord je remarque que l'art. 917 contient une disposition exorbitante, puisqu'il permet de substituer à une disposition en usufruit, une libéralité en propriété. Il doit donc être interprété restrictivement. Or l'art. 917, par sa place même, se réfère à la quotité disponible ordinaire, dont il vient d'être question dans les art. 913 et 915.

J'ajoute que les motifs qui ont fait édicter le dispo-

nible spécial entre époux, répugnant à l'extension de ce texte à notre hypothèse. En limitant à la moitié le maximum disponible en usufruit, la loi veut assurer aux enfants une portion suffisante des revenus du disposant. Ce but aurait été manqué, si les enfants avaient été obligés, pour éviter d'exécuter une disposition excessive en usufruit, d'abandonner $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit, c'est-à-dire le plus fort disponible de l'art. 1094.

L'opinion contraire aboutit à effacer de l'art. 1094 l'option qu'il laisse au disposant entre une donation en usufruit et une donation en propriété. En effet, les enfants qui ne voudront pas exécuter une donation excessive d'usufruit, ne pourront pas la faire réduire à la moitié en usufruit, et le donateur se trouvera avoir contre son gré disposé en propriété. On violera l'intention probable du disposant, qui n'a pas voulu dépouiller ses descendants de la moindre part de la propriété de ses biens, pour en faire bénéficier une famille étrangère, et favoriser le convol en secondes noces de son conjoint survivant.

Enfin cette interprétation nous paraît commandée par les travaux préparatoires.

Dans le projet de code civil de l'an VIII, le législateur prévoyait et réglait deux disponibles ; le disponible en propriété et le disponible en usufruit. L'art. 17 de ce projet déclarait que la quotité d'usufruit ne pouvait dépasser celle de propriété. Dès lors la donation d'un usufruit pouvait être réduite au quart, à la moitié ou aux trois quarts du revenu total du donateur, selon la qualité et le nombre des héritiers réservataires. Plus tard le légis-

lateur supprima cette disposition et ne régla plus la quotité disponible qu'en propriété. Et alors se posa la question de savoir comment on réduirait les donations excessives faites en jouissance. Une évaluation par experts désignés par la justice aurait pu donner lieu à des erreurs, à des fraudes, à des procès longs et coûteux.

Le législateur se tira très ingénieusement d'embarras en faisant le réservataire libre de faire son sort lui-même et de choisir entre l'exécution et la disposition de l'abandon du disponible. Donc l'art. 917 est la conséquence de la suppression de l'art. 17 du projet. Du moment qu'on supprimait la réglementation de la quotité disponible en usufruit, il fallait organiser un mode de réduction. Au contraire, dans notre espèce, la réglementation du disponible en usufruit, telle qu'elle fut faite dans le projet de l'an VIII, est demeurée dans la rédaction définitive, et fait l'objet de l'art. 1094. Un conjoint ne peut donner à l'autre plus de la moitié de son patrimoine en usufruit. Donc, s'il donne une quotité plus considérable, on ramènera là disposition à cette limite.

2^e cas. — La donation a pour objet une rente viagère. Ce qui fait la difficulté spéciale de cette hypothèse, c'est que l'art. 1094 ne prévoit pas une semblable disposition ; il n'en est question que dans l'art. 917. Dès lors, il semble que le seul mode de réduction applicable, soit celui de ce dernier texte.

Malgré cette raison de douter, dont nous ne nous dissimulons pas la gravité, nous n'hésitons pas à sous-

traire notre hypothèse à l'art. 917, pour la faire régir, par voie d'analogie, par l'art. 1094.

L'art. 17 du projet de l'an VIII réglait d'une façon formelle, nous l'avons déjà dit, la quotité disponible ordinaire en usufruit, de même que l'art. 16 réglait cette quotité en propriété. Or l'art. 17 ne distinguait pas la donation en rente viagère de la donation en usufruit. Il appliquait la même règle au cas d'usufruit et au cas de *pension*, à savoir qu'on ne pouvait pas donner plus du $\frac{1}{4}$, de la $\frac{1}{2}$ ou des $\frac{3}{4}$, selon la qualité et le nombre des héritiers réservataires. L'art. 151 prévoit de même, pour les donations entre époux, le cas d'une disposition en revenus. Il est vrai qu'il ne parle expressément que du cas d'usufruit, mais le rapprochement avec l'art. 17 prouve que le législateur entendait donner la même règle pour le cas de pension. L'intention du législateur est que, lorsqu'un conjoint dispose au profit de l'autre en *revenus*, il ne doit pas laisser à ses enfants moins de la moitié de ses revenus, parce que l'autre moitié est suffisante pour permettre au conjoint survivant de mener la même existence que pendant le mariage. Par conséquent, les arrérages de la rente sont-ils égaux ou inférieurs à la moitié du revenu du disposant ? Les enfants devront exécuter la disposition intégralement, sauf, si les revenus du patrimoine viennent à diminuer par cas fortuit, leur droit de demander la réduction à la moitié du revenu actuel, car c'est cette situation qui serait faite au conjoint donataire si la disposition avait eu lieu en usufruit. Les

arrérages sont-ils supérieurs à cette quotité ? On les y réduira.

A côté de cette opinion admise par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (Colmet de Santerre, IV, n° 274 bis VII ; Demolombe, Donations, VI, n° 503 et les autorités qu'il cite), il en a été émis d'autres.

Troplong (Donations et testaments, IV, n° 2574) dit qu'on doit estimer la donation de rente viagère et la quotité maximum entre époux, c'est-à-dire celle qui se compose de $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit. Si la rente n'excède pas la valeur de cette quotité, les enfants devront l'exécuter pleinement. Au cas contraire, elle devra être réduite à cette limite.

L'arbitraire de cette solution, non moins que les complications de calcul et les erreurs auxquelles elle donnerait lieu, suffisent à la condamner.

Proudhon (de l'Usufruit, I, n° 345) tranche la difficulté par l'application de l'art. 917. L'art. 1094 ne règle pas, dit-il, le disponible en rente viagère. Donc, cette hypothèse doit être régie par le droit commun. Il ajoute que la différence entre la donation d'usufruit et celle de rente viagère se conçoit parfaitement, parce que l'usufruitier supporte les risques de perte et de moins value qui viennent diminuer sa jouissance, tandis que le titulaire d'une rente viagère est créancier d'une somme fixe, ce qui met tous les risques à la charge des réservataires, de telle sorte que celui-ci pourra se trouver obligé, sur sa réserve et même au-delà, à faire le service de la rente. Il serait inique qu'il

ne pût échapper à cette éventualité par l'abandon de la quotité disponible.

Nous avons répondu par avance à cet argument en exposant notre système. Il est vrai que l'art. 1094 ne parle pas de rente viagère. Mais il résulte des travaux préparatoires, et notamment de l'art. 17 du projet de l'an VIII, que le législateur entendait assimiler la donation d'une pension à celle d'un usufruit. Quant à la diminution possible des revenus du patrimoine du donateur, comparée aux arrérages fixes de la rente viagère, je réponds que, si cette éventualité se réalise, rien n'empêchera les héritiers réservataires de demander une réduction proportionnelle de ces arrérages.

Il se peut que le donateur n'ait pas désigné d'une façon précise l'objet ou la quote-part de son patrimoine dont il a voulu gratifier son conjoint, soit en propriété, soit en usufruit. Par exemple il a dit : « Je lègue à ma femme toute ma quotité disponible » ou « tout ce dont la loi me permet de disposer ». Cette disposition comprend-elle $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit ? Ou bien ne doit-elle comprendre que la moitié en usufruit seulement ? Nous croyons qu'il n'y a pas de réponse absolue, et qu'il y a lieu d'interpréter d'après les circonstances de fait l'intention du donateur. Le plus souvent il sera plus conforme à cette intention de dire qu'il a légué le maximum, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit.

Mais que décider si l'époux donateur s'est borné à copier la formule de l'art. 1094, en disant par exemple :

« Je lègue à ma femme $\frac{1}{4}$ de mes biens en propriété, et $\frac{1}{4}$ en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement » ?

Lequel de ces deux disponibles faudra-t-il choisir ? Et qui aura qualité pour exercer ce choix, l'enfant réservataire ou l'époux donataire ?

Nous pensons avec la majorité des auteurs, (Voy. les citations dans Demolombe, Donations, VI, n° 506) que le choix appartient aux enfants. On a invoqué en faveur de cette solution, deux textes, qui, à nos yeux, ne sont pas applicables à l'espèce. Le premier est l'art. 1022, aux termes duquel l'héritier a le choix lorsque le legs a pour objet une chose indéterminée. Mais l'objet est-il indéterminé dans l'espèce ? Ce qui l'est, c'est seulement la volonté du disposant. On argue en second lieu de l'art. 1190, qui dans l'obligation alternative donne le choix au débiteur. Mais l'époux donataire n'est-il pas, aux termes de l'art. 711, plutôt propriétaire que créancier ?

Ce qui nous décide plutôt en ce sens, c'est que cette solution est plus conforme à l'intention probable du donateur. Il a voulu charger son héritier de donner la quotité la plus forte à son conjoint, avec la faculté, si cela lui paraissait trop onéreux, de ne donner que la moitié en usufruit. Il est clair que le réservataire usera le plus souvent de cette faculté.

Nous avons vu que l'un des conjoints pouvait donner à l'autre l'usufruit de la réserve. Dans ce cas, on se pose cette double question :

1° Peut-il le dispenser de fournir caution ?

2° Peut-il le dispenser de faire inventaire ?

Sur la première question nous admettons l'affirmative qui est d'ailleurs généralement soutenue en jurisprudence comme en doctrine (V. Aubry et Rau, § 679 note 6, t. VII p. 166, et les autorités qu'ils citent tant en faveur de cette opinion qu'en sens contraire).

Nous invoquons d'abord l'art. 601, où nous trouvons le principe que l'usufruitier peut être dispensé de fournir caution par l'acte constitutif de l'usufruit. Or l'art. 1094 ne déroge pas expressément à cette règle. Que si le donataire abuse de la jouissance, le réservataire pourra, toujours conformément au droit commun, demander la déchéance de l'usufruit (art. 618).

Mais, dit-on, on sacrifie les réservataires. La demande d'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance est un moyen répressif qui arrive après le mal consommé, après que le fonds est perdu. C'est un moyen préventif qu'il faut pour protéger les donataires, et ce moyen ne saurait résulter que de l'obligation de fournir caution ; la caution est ici la garantie nécessaire de la réserve. Ainsi supposons que Primus, qui a des ascendants dans les deux lignes, ait légué l'usufruit de la totalité de ses biens à son conjoint, en le dispensant de caution. Certainement la disposition est valable pour la quotité disponible, à savoir la moitié des biens. Primus aurait pu donner cette moitié en toute propriété. Il doit *a fortiori* pouvoir lui donner l'usufruit avec dispense de caution. Mais pour l'autre moitié qui constitue la réserve, on ne saurait admettre la dispense, car ce serait en fait réduire cette réserve à néant.

On pourrait également supposer pour réservataires

des descendants. Primus, qui a trois enfants ou un plus grand nombre, lègue à Prima la moitié de son patrimoine en usufruit. Le disponible ordinaire étant d'un quart en propriété, on conçoit la dispense de caution pour ce quart qu'il aurait pu enlever complètement à ses enfants. Mais on ne saurait admettre la dispense pour l'autre quart qui appartient à la réserve.

Cette objection n'ébranle pas notre conviction. La loi permet à un conjoint de donner à l'autre l'usufruit d'une partie de la réserve. Cet usufruit rentre donc dans le disponible spécial entre époux, et il n'y a pas à cet égard à protéger les ascendants par des moyens particuliers. Leur réserve ne s'applique qu'à la nue propriété. Ils l'ont, et ne sauraient exercer que les droits de nu-propriétaires ; ils ne sauraient donc exiger caution de l'usufruitier, alors que celui-ci se trouve dispensé de cette obligation par l'acte constitutif de son droit.

La liberté de disposer ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte formel. Or, ce qui est dit formellement par l'art. 601, c'est que celui qui dispose en usufruit, peut dispenser l'usufruitier de fournir caution, et il n'est pas fait d'exception pour notre espèce : cela nous paraît décisif (Cass., 12 mars 1862, S. 62, 1. 413 ; Cass. 5 juillet 1876, S., 77, 1, 345).

En ce qui touche la seconde question relative à la dispense d'inventaire, nous nions la validité de la clause. Nous n'entendons pas d'ailleurs donner par là une règle spéciale à la dispense d'usufruit entre époux ; nous n'entendons appliquer que le droit commun. La dispense d'inven-

taire blesse l'ordre public en ce qu'elle tend à favoriser la mauvaise foi de l'usufruitier, et, comme telle, il faut la tenir pour non écrite, conformément à l'art. 900. Au reste le défaut d'inventaire est aussi contraire à l'intérêt particulier de l'usufruitier, car il a pour conséquence d'ouvrir contre lui la preuve de la consistance du mobilier par témoins et même par commune renommée.

Mais alors se pose une autre question. En droit commun, la dispense d'inventaire a pour effet, sinon d'exclure cette formalité, du moins d'en rejeter les frais sur le nu-propriétaire. En d'autres termes, celui-ci peut exiger l'inventaire malgré la clause de dispense, mais il doit en fournir les frais. En est-il de même dans l'espèce? La raison de douter est que le réservataire doit avoir sa réserve franche et quitte. Néanmoins nous maintenons ici la solution du droit commun. Nous raisonnons comme pour la dispense de fournir caution. Le réservataire n'a droit qu'à sa réserve qui, ici, consiste en une nue propriété. Il ne peut dès lors exercer que les droits que la loi donne au nu-propriétaire. Or, en cas de dispense d'inventaire exprimée formellement par le donateur, le nu-propriétaire ne peut exiger l'accomplissement de cette formalité qu'en en faisant les frais.

SECTION II

Cas où le disposant laisse des enfants d'un premier mariage

§ 1^{er}. — *Historique. Edit des secondes noces*

Il y a longtemps que le droit a constaté la nécessité de protéger les enfants d'un individu devenu veuf, contre les libéralités que leur auteur pourrait faire, en se remarquant, à son nouveau conjoint. Celui-ci, bien souvent, n'a consenti à épouser un veuf qu'en vue de s'approprier ses biens, et tous ses efforts tendent à se faire donner par son conjoint la plus grande part de son patrimoine, en en dépouillant ainsi les enfants du premier lit. Le droit romain déjà avait pris, pour déjouer ces calculs, d'importantes dispositions que nous avons étudiées dans notre première dissertation.

Notre ancien droit suivit cet exemple. Les règles sur ce point étaient contenues dans l'Edit des secondes noces promulgué par François II, en 1560, à l'instigation du chancelier Michel de l'Hospital. Cet Edit ne visait pas les donations entre époux pendant le mariage, car elles étaient prohibées du moins en principe. Il ne s'appliquait qu'aux donations par contrat de mariage qui, en droit commun, étaient absolument libres.

Il fut aggravé, dans un cas particulier, par l'ordonnance de Blois, en 1572. L'art. 182 de cette ordonnance contient une disposition assez curieuse, aux termes de laquelle les femmes veuves avec enfants qui épousent en secondes noces des personnes « indignes de leur qualité », ne pourront leur faire, en quelque forme que ce soit, aucune libéralité. L'article ajoute que ces personnes seront interdites de la disposition de leurs biens. On craignait sans doute qu'elles n'eussent recours à des fraudes pour tourner cette prohibition absolue.

L'Edit des secondes noces comprenait deux chefs, que nous devons examiner brièvement pour mieux comprendre les difficultés que soulèvent les mêmes questions dans notre droit actuel.

Voici le premier chef : « Ordonnons que femmes veuves, ayant enfants, ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants des dits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, et, s'il se trouve division inégale de leurs biens faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la raison de celui des enfants qui en aura le moins. »

On voit que, d'une façon générale, ce premier chef reproduisait la décision de la loi « *hac edictali.* »

L'Edit ayant pour objet de protéger les enfants du premier lit, il fallait, pour que la disposition que nous venons de rapporter s'appliquât, que ces enfants fussent vivants à la mort de leur mère remariée. S'ils étaient prédécédés sans postérité, il n'y avait plus lieu à l'Edit, et les libéralités au second mari devenaient parfaitement valables.

L'Edit s'appliquait à toutes les donations, directes ou indirectes, même aux avantages résultant des conventions matrimoniales, et provenant, par exemple, dans le régime de la communauté, de l'inégalité des apports mobiliers, ou du *préciput* conventionnel.

Les donations *mutuelles* elles-mêmes, malgré leur apparence de contrats intéressés de chaque côté, tombaient sous le coup de l'Edit. Ces dons étaient dangereux pour les enfants du premier lit, car il pouvait arriver que la mère veuve et remariée prédécédât à son second conjoint, et dans ce cas, ils auraient été dépouillés.

Quant aux dons *rémunératoires*, on distinguait deux parties dans leur montant ou leur objet : l'une, qui était moins un don que le prix d'un service rendu, échappait à l'Edit ; l'autre, qui constituait une libéralité véritable, tombait sous le coup de la réduction.

L'Edit prévoit le cas où la veuve aurait eu recours à l'interposition de personnes pour dissimuler la donation. Si cette fraude peut être prouvée, l'Edit s'appliquera,

c'est-à-dire qu'il y aura lieu à la réduction, si la donation excède la quotité prévue.

Pour faciliter la preuve, l'Edit établit des présomptions en ce qui touche les proches parents de l'époux gratifié. Ces parents sont : le *père*, la *mère* et les *enfants*.

Que faut-il entendre par « les enfants du mari ? » Il est certain que ces expressions comprenaient les enfants du premier lit. Il y eut au contraire question pour les enfants communs. L'opinion qui dominait, et qu'enseigne Pothier (contrat de mariage, n° 540), est que ces enfants ne doivent pas être présumés personnes interposées, car ils ont par eux-mêmes, une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mère. Il est probable qu'elle a voulu les en gratifier pour eux-mêmes, et qu'elle n'a pas pris ses propres enfants comme de simples instruments de transmission de sa fortune à son second mari. Il y a peut-être plus de doute, s'il s'agit d'une donation faite par la veuve, dans son contrat de mariage même, au profit des enfants à naître de son second mariage. N'ayant pas encore vu, connu et aimé ces enfants, l'intention de les gratifier personnellement est moins probable que dans le cas précédent. Néanmoins, on écartait généralement la présomption d'interposition, même dans cette hypothèse.

Les ascendants du second mari devaient-ils être compris dans la présomption qui s'appliquait au père et à la mère ? Pour admettre la négative, on aurait pu invoquer cette règle d'interprétation que les présomptions légales sont de droit étroit. Toutefois l'opinion contraire prévalait (Pothier, contrat de mariage, n° 539).

Examinons rapidement la sanction de cette première disposition de l'Edit des secondes noces. La donation n'était pas nulle, mais réductible à une part d'enfants le moins prenant, laquelle ne pouvait évidemment pas être inférieure à la légitime.

Il fallait d'ailleurs distinguer selon que les enfants du 1^{er} lit étaient au premier degré ou à un degré plus éloigné. Au premier cas, le nouveau mari était considéré comme un enfant de plus et prenait une part. Au second cas, le partage de la succession se faisait par souches, et le second mari prenait une part de souche. Il y avait toutefois difficulté lorsque la veuve remariée ne laissait à son décès que des petits-enfants issus d'un enfant unique du premier lit prédécédé. Pothier (contrat de mariage n° 565) et Lebrun (Successions, liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. V. n° 22) ne donnaient au second mari qu'une part de petit enfant. Ricard, sans pourtant admettre nettement le contraire, déclare cette solution douteuse (Donations, 3^e partie, n° 1272). En effet, si cet unique enfant n'était pas mort, le second conjoint aurait pu acquérir la moitié du patrimoine du donateur. En quoi sa situation doit-elle se trouver empirée par suite du prédécès de cet enfant ?

Fallait-il être héritier pour pouvoir agir en réduction ? Dans l'opinion dominante, cette qualité n'était pas nécessaire. Le droit à la réduction, dans ce système, n'est pas une conséquence du droit successoral, mais un avantage spécial résultant de l'Edit.

Toutefois l'action en réduction ne peut être exercée par la fille dotée qui a renoncé par son contrat de mariage

à la succession de sa mère, parce que les libéralités que pourra faire ensuite sa mère devenue veuve à un nouveau mari, ne lui causent aucun préjudice.

Elle ne peut pas l'être non plus par l'enfant exhérédé ; son indignité lui enlève la protection de l'Edit (Lebrun, Successions, liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. 3, n° 2 ; Pothier, contrat de mariage, n° 568).

Pour calculer la part d'enfant le moins prenant, on comptait les enfants renonçants comme les enfants acceptants, en un mot, les enfants qui avaient le droit de venir à la succession, qu'ils se présentassent ou non au partage. Mais on ne comptait pas les enfants exhérédés, ni la fille dotée, qui avait renoncé par avance à la succession de sa mère (Pothier, contrat de mariage, nos 560, 561 et 562), et il faut reconnaître que cette solution était peu d'accord avec l'opinion, généralement admise, d'après laquelle le droit à la réduction était indépendant du droit successoral, et ne supposait pas la qualité d'héritier.

L'action en réduction avait un caractère de réalité, et pouvait ainsi atteindre les tiers acquéreurs, du moins quand il s'agissait d'immeubles. Ainsi, le second mari ne devenait propriétaire des biens donnés que sous condition résolutoire, du moins pour la partie dépassant la quotité permise.

Lorsque la réduction portait sur des meubles ou de l'argent, l'action en réduction ne comportait évidemment pas le droit de suite, mais on accordait aux enfants, pour assurer l'efficacité de cette action, une hypothèque légale sur les biens du donataire.

Nous avons envisagé jusqu'ici le cas d'un second mariage de la veuve. Que décider s'il s'agit d'un troisième, quatrième ou cinquième mariage ? La femme pourra-t-elle donner à chacun de ses divers maris une part d'enfant le moins prenant ? Ou bien ne pourra-t-elle disposer de cette quotité qu'au profit de tous réunis, de telle sorte que, une fois qu'elle aura épuisé cette quotité au profit de l'un de ses maris, elle ne pourra plus rien donner aux autres, et que, si elle ne l'a pas encore épuisée, elle ne pourra donner que le complément ?

L'Edit laisse cette question indécise, mais il était généralement admis que toutes les donations réunies ne pouvaient excéder une part d'enfant (Pothier, Contrat de mariage, n° 566).

A supposer que les enfants du premier lit, en faveur desquels l'Edit a été conçu, n'en invoquent pas le bénéfice, les enfants du second lit, c'est-à-dire les enfants communs, pourront-ils intenter l'action en réduction que négligent les premiers ?

On remarque sur ce point une divergence entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes.

Dans les pays de droit écrit, l'action en réduction n'était ouverte qu'aux enfants du premier lit, conformément à la solution donnée par Justinien.

Dans les pays de coutumes, l'action en réduction, une fois ouverte par la présence d'enfants du premier lit, pouvait être exercée par tous les enfants, sans distinguer entre les enfants communs et ceux du premier lit : c'était

la solution donnée dans la constitution « *quoniam* ».

Nous terminerons ces observations sur le premier chef en remarquant que son texte ne visait expressément que les veuves. Mais les Parlements ne tardèrent pas à l'étendre aux veufs. Il y avait en effet identité de motifs. De plus, nous verrons que le second chef de l'Edit visait formellement les veufs comme les veuves ; il n'y avait pas de raison pour que les veufs, soumis au second chef, échappassent au premier. Toutefois le douaire, même conventionnel, ne tombait pas sous le coup de l'Edit, du moins lorsqu'il ne dépassait pas le douaire coutumier (Ricard, Donations, 3^e partie, n° 1220).

Le second chef de l'Edit vise le cas où le conjoint veuf qui se remarie aurait reçu des libéralités de son premier conjoint, et voudrait disposer des biens ainsi acquis au profit de son second époux, alors qu'il a des enfants du premier lit. L'Edit ne se borne pas dans ce cas à réduire à une certaine quotité de telles donations ; il les interdit d'une façon absolue. Voici, en effet, en quels termes il s'exprime :

« Au regard des biens à icelles veuves acquis par
« dons et libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en
« pourront faire part à leur nouveau mari ; ains (mais)
« elles seront tenues les réserver aux enfants communs
« entre elles et leurs maris de la libéralité desquels iceux
« biens leur sont advenus ; le semblable voulons être
« gardé ès-biens qui sont venus aux maris par dons et
« libéralités de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils

« n'en pourront faire don à leur seconde femme ; mais
« seront tenus de les réserver aux enfants qu'ils auront
« eus de leurs premières. »

Cette prohibition était entendue d'une façon très-large, conformément d'ailleurs au texte lui-même, dont la formule est très générale.

Dans ces expressions « les biens acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris », on faisait rentrer tous les avantages résultant des conventions matrimoniales, soit à raison de la différence des apports mobiliers, soit à raison d'un préciput ; on y comprenait même le douaire conventionnel pour la totalité, et non pas, comme on le décidait pour le premier chef, pour la portion du douaire excédant le coutumier (Pothier, contrat de mariage, n° 606). Cette interprétation extensive est très-juste. Il s'agit, en effet, d'une disposition édictée, non dans un but de déchéance et de peine contre la veuve qui se remarie, mais bien dans un but de protection pour les enfants du premier lit.

Les Coutumes de Paris et d'Orléans, la première dans son art. 279, la seconde dans son article 203, allèrent plus loin encore dans la voie de la prohibition. Ces coutumes défendaient à la veuve de donner à son second mari les conquêts provenant de sa première union. Voici, en effet, comment s'exprimait la coutume d'Orléans : « Quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, la femme qui convole à d'autres noces n'en peut aucunement avantager son second ou autre mari. »

Il y eut difficulté sur le sens du mot « conquêts ». On se demandait s'il fallait y comprendre les meubles. L'in-

interprétation extensive l'emporte. Il y eut en ce sens un arrêt du Parlement de Paris rendu conformément aux conclusions de d'Aguesseau (OEuvres de d'Aguesseau, IV, 4^e plaidoyer ; Pothier, contrat de mariage, n^{os} 631 et suiv.). On croit même que les biens que possédait la femme avant son premier mariage et tombés en communauté de son chef, étaient des conquêts dont elle ne pouvait disposer en faveur de son second mari.

La sanction de cette prohibition était très-simple : c'était la nullité ; mais cette nullité n'était encourue que si les enfants du donateur étaient encore vivants au décès de leur auteur remarié, car c'est dans leur intérêt que la prohibition était édictée. La nullité profitait d'ailleurs aussi bien aux enfants du second lit qu'à ceux du premier.

La disposition étant annulée, les biens revenaient aux enfants francs et quittes de toutes charges du chef de la mère veuve, et à plus forte raison du chef de son second mari. Il y avait comme une substitution fidéicommissaire, en faveur des enfants du premier lit ou de leurs descendants, sur les biens de leur mère décédée, substitution subordonnée à une double condition, à savoir le convol de la femme donatrice et son décès avant les enfants du premier lit. Il résulte de là, que, s'il s'agit d'immeubles donnés par l'époux prédécédé à sa femme, ils constituent pour les enfants du premier lit des propres paternels ; ils ne s'imputent pas sur la légitime qui leur est due dans la succession maternelle, et la mère ne peut avantager l'un des enfants du premier lit au détriment des autres.

Enfin, comme ces enfants ne tiennent pas de leur

mère les biens qui lui ont été donnés par leur père prédécédé, mais bien de leur père lui-même, ils n'auraient pas besoin, pour recueillir ces biens, d'accepter la succession maternelle. On se demandait seulement s'ils ne devaient pas être du moins héritiers de leur père. Dans l'opinion générale, adoptée par Pothier (Contrat de mariage, n° 624 ; Ricard, Donations, 3^e partie, n°s 1308 et 1309), on exige seulement qu'ils soient habiles à succéder ; par conséquent, la nullité de la disposition ne pouvait être invoquée par les enfants exhérédés, ou par les filles dotées considérées comme renonçantes par contrat de mariage ; mais il n'était pas nécessaire qu'ils fussent effectivement héritiers, car l'Edit n'avait pas en vue d'établir une légitime ou de consolider un droit de succession, mais bien d'accorder un bénéfice spécial aux enfants du premier lit en cette seule qualité.

L'Edit des secondes nocés subsista-t-il pendant la période révolutionnaire, c'est-à-dire entre l'abolition de l'ancien régime et la promulgation du code civil ? Nous ne le pensons pas.

Tout d'abord le premier chef de l'Edit, qui défendait de donner au nouvel époux plus d'une part d'enfant le moins prenant, nous paraît avoir été implicitement abrogé par l'art. 13 de la loi du 17 nivôse an II. Il résulte, en effet, de ce texte qu'un conjoint peut donner à l'autre la moitié de ses biens en usufruit, sans distinguer s'il laisse des enfants du premier lit ou des enfants communs : or, cette distinction est de l'essence même de l'Edit.

Quant au deuxième chef, qui défend d'une façon

absolue la donation par une veuve à son second mari des biens qu'elle tient de la libéralité du premier, la question de son abrogation fut plus controversée. Un arrêt de la cour de cassation du 2 mai 1808, confirmant un arrêt de la cour de Nîmes du 12 décembre 1806 (voir ces décisions dans Sir. 1808. 1. 361), décida que ce second chef était demeuré applicable. On prétendait qu'il édictait une pénalité, que sa disposition, conçue en vue d'éviter une sorte de scandale, était d'ordre public, et que son abrogation ne résultait ni du texte ni des motifs de la loi de nivôse.

Nous avons, par avance, réfuté cette argumentation, en remarquant que le deuxième chef était beaucoup moins conçu dans un esprit de défaveur et de déchéance à l'égard de la veuve remariée, que dans une pensée de protection pour les enfants du 1^{er} lit. D'ailleurs, à supposer qu'un esprit de défaveur pour les seconds mariages eût animé les auteurs de l'Edit, cette considération ne pouvait certainement exister pendant la période révolutionnaire où le divorce avait été établi.

Cette objection écartée, l'abolition du second chef de l'Edit ne paraît plus guère douteuse, l'art. 61 de la loi de nivôse an II ayant abrogé formellement toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation.

§ 2. — *Système du Code Civil.*

Les rédacteurs de notre code civil sont revenus à l'idée qui avait inspiré les lois romaines « *hac edictali* » et

« *femineæ quæ* », ainsi que l'Edit des secondes noces ; ils admirent la nécessité de protéger les enfants du 1^{er} lit, dont l'auteur convole à un nouveau mariage, contre les libéralités dont il peut être entraîné à gratifier son second conjoint.

Le projet reproduisait en substance les deux chefs de l'Edit. Il aggravait même la restriction du premier chef, en décidant que la part d'enfant le moins prenant ne pourrait être donnée qu'en usufruit : sur les observations de Cambacérès et de Berlier (Fenet XII p. 417), on permit la disposition en pleine propriété, mais à la condition qu'elle ne dépasserait point le quart des biens.

Quant au second chef, on en tint compte également dans une certaine mesure, en décidant que le conjoint veuf ne pourrait disposer d'une façon quelconque, pas plus à titre onéreux qu'à titre gratuit, pas plus au profit d'un étranger que de son époux, des immeubles qu'il aurait recueillis de son époux prédécédé, tant que les enfants issus de son union avec ce dernier, seraient vivants (Locré, XI, p. 270). Cette seconde disposition fut critiquée comme nécessitant une recherche de l'origine des biens, et disparut.

Toutes ces discussions ont abouti à la rédaction de l'art. 1098, qui nous régit actuellement, et qui est ainsi conçu : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants
« d'un autre lit, contractera un second ou subséquent
« mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une
« part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que,

« dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart
« des biens ».

Ce texte est conçu, comme l'Edit de 1560, dans un esprit de protection pour les enfants du 1^{er} lit. Il ne s'agit pas d'une incapacité personnelle de disposer, établie en vue de protéger le donateur, et analogue à celle dont la loi frappe le mineur. Il ne s'agit pas non plus d'une incapacité édictée dans un but de pénalité, soit vis-à-vis du disposant, comme celle qui atteint les parents naturels voulant gratifier leurs enfants, soit vis-à-vis du gratifié, comme celle du condamné à une peine afflictive perpétuelle.

L'idée de déchéance et de pénalité, qui n'était pas sans doute le motif déterminant de l'Edit, n'avait pas été pourtant sans influence. Le sentiment religieux qui, à la fin du Bas-Empire, avait fait regarder avec défaveur les seconds mariages, ne fut pas sans animer dans une certaine mesure les rédacteurs de l'Edit. Cette préoccupation fut au contraire absolument étrangère aux rédacteurs du code civil qui avaient établi le divorce.

C'est donc bien purement et simplement dans une pensée de protection pour les enfants du 1^{er} lit qu'a été édictée la restriction à la faculté de disposer qu'exprime l'art. 1098 ; c'est une règle d'indisponibilité et non d'incapacité.

En conséquence, pour que cette restriction s'applique, il faut qu'au jour de son décès, le disposant laisse des enfants d'un premier lit. Au cas contraire, on rentre dans le cas que nous avons examiné dans la section précédente,

c'est-à-dire dans le cercle d'application de l'art. 1094. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire, s'il s'agit de petits enfants issus d'un enfant d'un premier lit, qu'ils soient vivants lors du décès du donateur, il suffit qu'ils soient conçus (arg. des art. 725 et 916).

Ainsi Primus, veuf de Prima dont il a eu un enfant A, se remarie avec Secunda qu'il gratifie. A prédécède à Primus, laissant sa femme enceinte. Primus meurt ensuite, l'enfant de A n'étant encore que conçu : cet enfant pourra invoquer contre Secunda l'art. 1098.

La loi ne dit pas « enfant d'un premier lit », mais bien « enfant d'un autre lit ». Les enfants d'un second, troisième ou quatrième lit pourront donc invoquer la prohibition en cas de convol ultérieur de leur auteur. Ce qui montre bien d'ailleurs que telle est la pensée de la loi, ce sont les mots « second ou subséquent mariage » qu'emploie notre texte.

Les *descendants* d'un enfant d'un premier lit prédécédé, peuvent, nous l'avons même supposé dans l'exemple précédent, invoquer l'art. 1098. L'Edit des secondes noces les mentionnait expressément. Notre texte n'est pas formel à leur égard, mais, outre qu'ils sont compris dans l'expression générale « enfants », ils représentent leur auteur prédécédé. D'ailleurs, on pourrait aussi tirer argument dans le même sens de l'article 914, qui considère comme réservataires les descendants au second ou au troisième degré, comme ceux du premier degré.

Les enfants *légitimés* par un mariage antérieur pourront invoquer la même protection que les enfants légiti-

mes proprement dits, car la loi déclare formellement que les enfants légitimés ont les mêmes droits que les enfants légitimes (art. 333).

Quant aux enfants *naturels* que le disposant a pu avoir avant son mariage, on ne saurait les assimiler, alors même qu'ils auraient été reconnus, à des enfants d'un premier lit. Le texte même ne parle que d'enfants légitimes.

Il en est de même pour l'enfant *adoptif*. Il est vrai qu'aux termes de l'article 350, il a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que l'enfant légitime, mais il n'est pas du lit de l'adoptant. Or, notre texte étant exceptionnel, doit être interprété restrictivement. D'ailleurs telle était certainement la solution de l'ancien droit : si notre législateur avait voulu innover, il l'aurait dit.

Faut-il que les enfants du premier lit acceptent la succession de leur auteur pour se prévaloir de l'art. 1098 ? Nous pensons que oui, contrairement à la solution que nous avons vue consacrée dans notre ancien droit. C'est en invoquant leur droit à la réserve qu'ils peuvent attaquer la donation. Or la réserve n'est qu'une quote-part de la succession *ab intestat* : c'est la partie indisponible de cette succession. Cela résulte des art. 913 et 1094, et de notre texte même : ces dispositions ne règlent pas d'une façon directe la réserve ; elles fixent seulement la quotité disponible ; la réserve, c'est ce qui reste dans la succession, le disponible déduit. Il suit de là que pour avoir la qualité de réservataire, il faut d'abord prendre celle d'héritier. D'ailleurs à quel titre l'enfant qui ne serait pas héritier, invo-

querait-il le droit à une réserve ? En qualité d'enfant ? Mais aucun texte ne dit que la filiation est un mode d'acquérir la propriété. Le seul mode d'acquisition applicable dans l'espèce, c'est la succession : pour l'invoquer, il faut évidemment se porter héritier.

La prohibition ne s'applique que si le donataire est le nouvel époux du donateur ; elle n'aurait pas lieu, si c'était un enfant de second lit. Ainsi Prima a d'un premier mariage avec Primus un enfant A. Devenue veuve, elle épouse Secundus et en a un enfant B. Prima ne peut disposer en faveur de Secundus que dans la limite fixée par l'art. 1098, mais elle peut donner à B le disponible de l'art. 913. Ce point mérite d'être remarqué, parce qu'il donna lieu à controverse dans notre ancien droit. « Ça été une grande question, nous dit Ricard (Donations, 3^e partie, nos 1232, 1234), de savoir si l'Edit de 1560 était applicable aux enfants communs que la femme, qui avait convolé en secondes noces, avait de son second mari ». N'est-il pas à craindre en effet que Secundus ne pouvant se faire gratifier directement que dans une faible mesure, s'efforce de déterminer sa femme à gratifier leur enfant commun ? Néanmoins, dans l'opinion qui prévalait, l'Edit ne devait pas s'appliquer dans ce cas ; telle était, d'ailleurs, la solution donnée par la nouvelle 22 de Justinien.

Dans notre droit la question n'est pas douteuse : l'art. 1098 est de stricte interprétation, comme toutes les atteintes apportées par le législateur au droit du propriétaire, et ne doit pas être étendu en dehors du cas prévu. De plus l'égalité des droits des enfants issus de différents mariages

est formellement consacrée dans l'art. 745. Or, il est certain que le veuf remarié pourrait donner à l'enfant du premier lit, le disponible de l'art. 913 et non pas seulement celui de l'art. 1098. Donc, il peut gratifier de même l'enfant du second lit.

Notre texte établit un double maximum. La disposition ne peut dépasser ni le quart des biens du donateur, ni une part d'enfant le moins prenant.

Ces deux maximums ont pour objet de la pleine propriété comme celui de l'art. 913 ; c'est là une différence remarquable avec l'art. 1094.

Il n'y a pas de difficulté sur la détermination du premier maximum, puisque la loi le fixe d'une façon précise au quart du patrimoine.

Il n'en est pas de même en ce qui touche le second maximum « une part d'enfant le moins prenant ». Les mots « le moins prenant », que la loi ajoute à « une part d'enfant », visent le cas où, par suite de libéralités préciputaires adressées à certains de ses enfants par le disposant, tous n'auraient pas une part égale : le second époux ne peut alors toucher qu'une part égale à celle de l'enfant le moins favorisé. Il s'agit évidemment de la part à laquelle cet enfant peut prétendre en droit, et non de celle dont il se contente en fait. S'il lui plaît de se laisser léser dans le partage, cette perte ne saurait rejaillir sur le conjoint donataire. Autrement celui-ci se trouverait victime de la générosité ou de la négligence de cet enfant, ou même,

ce qui serait plus pratique, d'une collusion entre l'enfant le moins favorisé et les autres enfants donataires par préciput. Telle était la solution de l'ancien droit (Pothier, Contrat de mariage, n° 561). Les interprètes du code civil sont également d'accord sur ce point (Colmet de Santerre, IV, n° 278 bis VII ; Demolombe, Donations, VI, n° 582).

Quels enfants faut-il faire intervenir pour le calcul de cette part d'enfant ?

Nous pensons qu'il faut compter :

1° Tous les enfants légitimes du donateur, sans distinguer s'ils sont du premier ou du second mariage.

S'il y a des petits-enfants issus d'un enfant prédécédé, ils ne comptent que pour cet enfant, c'est-à-dire pour un. Les représentants d'une même personne ne peuvent avoir à eux tous plus de droits que le représenté. Cette solution doit être maintenue même si les petits-enfants succèdent par têtes, en l'absence d'enfants au premier degré. Nous avons vu que dans ce dernier cas notre ancien droit traitait plus rigoureusement le donataire, car on comptait tous les petits-enfants ; le conjoint n'avait plus qu'une part de petit enfant, sa situation se trouvant ainsi aggravée par le prédécès de l'enfant du donateur. Mais cette solution, qui était en elle-même illogique et soulevait des critiques, nous paraît condamnée par l'art. 914. Il résulte de ce texte que les descendants d'un même enfant ne doivent avoir, quel que soit leur nombre, que la portion de biens qu'aurait recueillis leur auteur.

2° Les enfants adoptifs.

S'il y a des enfants naturels, on commence par leur attribuer le montant de leurs droits, conformément à l'art. 757. On établira ensuite sur le reste les parts des enfants légitimes et de l'époux donataire, celui-ci étant compté pour un enfant légitime.

Les enfants que nous venons de mentionner comme devant faire nombre pour le calcul du second maximum disponible, ne doivent être comptés que s'ils viennent effectivement à la succession. Ceux qui ne doivent pas venir au partage de la réserve, ne sauraient être pris en considération pour en fixer le montant.

La disposition faite par Primus en ces termes : « Je lègue à Secunda une part d'enfant le moins prenant », est une donation de biens à venir, car ce n'est qu'au décès du donateur qu'on pourra connaître l'objet exact de cette libéralité. Il en résulte que la donation devient caduque par le prédécès du donataire au donateur (art. 1082, 1089, 1096 ; Aubry et Rau, VII, § 690 ; Demolombe, VI, n° 579).

La donation demeure-t-elle caduque, lorsqu'elle a été faite par contrat de mariage et qu'il y a des enfants du 2° lit ? Ou faut-il admettre dans ce cas une substitution au profit de ces enfants ? L'art. 1093 repousse cette substitution quand il s'agit, et c'est précisément l'espèce, d'une donation entre époux. Renusson admettait le contraire dans notre ancien droit (Renusson, 4^e partie, ch. 3, n° 73). On peut seulement se demander aujourd'hui si cette substitution serait permise en vertu d'une clause expresse de la donation. Nous ne le pensons pas. En effet, la règle

qui prohibe les substitutions (art. 896) est d'ordre public, comme toutes les dispositions prohibitives du Code civil (art. 6). Sans doute la substitution est permise dans certains cas par la loi au profit des petits-enfants, des neveux et nièces ; elle est même sous-entendue par la loi lorsqu'une donation est faite dans le contrat de mariage au profit de l'un des époux par un autre que son conjoint (art. 1093). Or, ici la donation est faite par le conjoint à l'autre ; donc on reste sous l'empire de la prohibition absolue des substitutions.

Cette disposition ayant pour objet « une part d'enfant le moins prenant », est assez pratique, parce qu'elle se prête à toutes les éventualités, et évite la réduction à raison de l'augmentation du nombre des enfants. Toutefois le législateur n'a pas entendu imposer ici un mode de disposer, mais simplement fixer une limite à la disposition. Donc le veuf pourra donner à son nouveau conjoint à titre particulier, aussi bien qu'à titre universel, des biens présents comme des biens à venir, sauf à réduire, lors du décès du donateur, si la libéralité dépasse une part d'enfant.

Primus, qui a des enfants d'un premier mariage avec Prima, peut donner à sa nouvelle épouse Secunda une part d'enfant le moins prenant. Primus meurt ne laissant pas d'enfant de son second mariage ; quant à ceux de son premier lit, ils sont prédécédés, renonçants ou indignes. A quoi pourra prétendre Secunda ?

Dans notre ancien droit, Pothier lui donnait la moitié

des biens, comme si Primus eût laissé un enfant du premier lit.

Aujourd'hui certains auteurs soutiennent qu'il faut donner à Secunda tout le disponible ordinaire, ce qui va jusqu'à la totalité de la succession lorsqu'il n'y a pas d'ascendants. Mais, dans l'opinion qui domine, et que nous adoptons, la disposition n'est valable que pour le quart des biens (Aubry et Rau, VII § 690, note 48 ; Demolombe, VI, n° 590 ; Troplong, IV, n° 2719). En effet, lorsqu'il y a des enfants du premier lit, on ne peut donner au maximum que le quart des biens. Le donateur n'a donc pu vouloir disposer que de ce maximum quand il a donné une part d'enfant. Toutefois, s'il apparaît d'une façon certaine que le *de cujus* a voulu donner la plus forte quotité possible, on pourra attribuer au conjoint tout le disponible de l'art. 1094, c'est-à-dire, dans le cas où il n'y a pas d'ascendants, la totalité de la succession. En somme, c'est l'intention du donateur qu'il faut avant tout rechercher.

Nous avons remarqué que l'art. 1098, à la différence de l'art. 1094, fixe en pleine propriété et non en usufruit le maximum disponible. Que décider alors si la disposition a pour objet de l'usufruit ou une rente viagère ? Nous pensons qu'on doit appliquer le droit commun contenu dans l'art. 917. Les réservataires auront le choix entre l'exécution de la disposition, telle qu'elle a été faite, ou l'abandon du plus faible des disponibles maximums (Demolombe, Donations, II, n° 462 ; Paris, 7 janv. 1870, S. 70. 2. 97 ; cass. ; 1^{er} juillet 1873, S. 74. 1. 47 ; Bastia, 17 janvier 1876. S. 76. 2. 164).

Quelles sont les libéralités qui tombent sous le coup de l'art. 1098 ?

Nous citerons d'abord, et cela va de soi, les donations ordinaires entre-vifs ou par testament qui s'imputent sur la quotité disponible ordinaire de l'art. 913.

Mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que notre texte s'applique à certaines conventions qui, en droit commun, sont réputées à titre onéreux, et échappent à la réduction. Nous visons ici les avantages indirects qui résultent des conventions matrimoniales. Par exemple, il y a adoption de la communauté légale, et la femme n'a que des immeubles, tandis que la fortune du mari est purement mobilière. Il en résulte que la femme s'enrichit de la moitié des meubles qui appartiennent au mari, lequel s'appauvrit purement et simplement puisqu'il n'acquiert rien en échange. Nous sommes donc bien en présence d'une donation indirecte.

On a toutefois élevé une objection. La communauté légale résulte, comme le nom l'indique, de la loi elle-même. Dès lors l'enrichissement réalisé par l'un des époux aux dépens de l'autre, par suite de l'inégalité des apports mobiliers, n'est pas une libéralité proprement dite, puisqu'il manque l'intention libérale de celui qui s'appauvrit.

Nous répondons qu'il ne faut pas abuser de l'expression « communauté légale ». La vérité est que ce régime n'est établi par la loi que par interprétation de la volonté des parties. Il est donc leur œuvre, comme les autres régimes ; la seule différence est qu'ici leur volonté est

facite au lieu d'être expresse. Nous ne ferons même pas, nous écartant sur ce point de la doctrine de Pothier (contrat de mariage, n° 581), de distinction en ce qui touche les meubles faisant partie d'une succession mobilière échue à l'un des époux et tombée de son chef dans la communauté. Nous dirons que la moitié de cette succession, qui, par l'effet du régime, est acquise à l'autre époux, constitue un avantage indirect tombant sous le coup de l'art. 1098 (Caen, 21 novembre 1868, S. 69. 2. 252). A l'appui de son opinion, Pothier invoque l'incertitude que présente la dévolution des successions, et qui fait qu'on ne peut pas en disposer par avance ; on peut ajouter à cet argument la règle qui prohibe les pactes sur succession future. Nous répondons, d'une part, que les espérances successorales sont, en fait, prises très-sérieusement en considération, dans le contrat de mariage. Le veuf, en se remariant, savait parfaitement qu'il était l'héritier présomptif de telle personne, dont la fortune consistait exclusivement en meubles ; en adoptant la communauté légale, il savait également que la moitié de la succession serait acquise à son second conjoint, et il n'a pas manqué d'en aviser ce dernier, pour vaincre ses hésitations. Quant à la prohibition des pactes sur succession future, nous savons qu'elle souffre exception dans les contrats de mariage. C'est ainsi que les donations de biens à venir, en général défendues, sont ici parfaitement permises.

Nous citerons encore, comme avantages indirects, la stipulation d'un préciput, la clause d'ameublement, ou

celle d'après laquelle les époux doivent avoir des parts différentes dans la liquidation de la communauté.

Ces avantages indirects ne sont pas, en général, considérés comme à titre gratuit. Il y a, en effet, une sorte d'échange entre les époux, les avantages faits par l'un d'eux étant en quelque sorte compensés par ceux qu'il reçoit. Dans notre hypothèse, au contraire, où l'un des contractants est un veuf, tous les avantages qu'il pourra faire, même indirectement, dans son contrat de mariage, à son nouvel époux, seront considérés comme des libéralités proprement dites, soumises à réduction : c'est ce que décident formellement les articles 1496 et 1527 c. civil.

La donation faite par Primus à Secunda, non par contrat de mariage ou pendant le mariage, mais avant le mariage, tombent-elles sous le coup de l'art. 1098 ? Nous pensons qu'on ne saurait donner de solution absolue. Tout dépend de l'intention des parties. En principe, il n'y a pas lieu d'appliquer ce texte, car il ne s'agit pas d'une libéralité faite au second époux, le donataire n'ayant pas encore cette qualité. Mais s'il apparaît, par des circonstances de fait quelconques, notamment par la date de la donation, que Primus a fait à dessein la donation avant d'épouser Secunda, afin de donner à celle-ci une quotité plus élevée, il y aura lieu d'appliquer l'article. Au reste, la bonne foi, conformément aux principes généraux du droit, doit être présumée : c'est aux réservataires qu'il appartient de prouver la fraude (Aubry et Rau, VII, § 690, note 8 ; Demolombe, VI, n° 574 ; Marcadé, art. 1098, n° 1).

Nous n'avons supposé jusqu'ici que le cas de deux mariages successifs ; mais il faut prévoir celui où il y en aurait un plus nombre. Primus, marié avec Prima, dont il a un enfant A, devient veuf, et épouse Secunda, dont il a un enfant B, puis Tertia, dont il a un enfant C, puis Quarta dont il a un enfant D. Qu'est-ce que Primus peut donner, au total, à ses épouses successives ?

Dans notre ancien droit, les commentateurs de l'Edit admettaient généralement que les divers époux donataires ne pouvaient recevoir, au total, qu'une part d'enfant le moins prenant (Pothier, contrat de mariage, n° 566). Cette solution était favorisée par le texte formel de l'Edit qui, visant le cas de femmes donatrices, portait « leurs futurs maris. » Cet argument de texte nous fait défaut aujourd'hui ; aussi, la question est-elle controversée. Nous n'hésitons pas, cependant, à maintenir la même solution.

Quant au texte même de l'art. 1098, nous reconnaissons qu'il ne fournit pas d'élément bien net de décision.

A défaut de texte, nous invoquons la tradition. Rien dans les travaux préparatoires, ne nous permet de penser que le législateur a voulu s'écarter de la solution de Pothier, son guide habituel.

L'esprit de la loi ne nous paraît pas moins probant. S'il a paru nécessaire de protéger les enfants contre les sollicitations d'un seul nouveau conjoint, à plus forte raison, le législateur a-t-il dû sauvegarder leurs intérêts, quand il y a plusieurs convols successifs de leur auteur, et que celui-ci a subi un plus grand nombre d'influences

et de pressions exercées en vue de lui arracher des libéralités.

D'après un second système, soutenu par Duranton (IX, n° 804), le veuf, qui a des enfants d'un premier lit, peut donner à chacun de ses nouveaux conjoints, une part d'enfant, mais sans que ces diverses libéralités puissent excéder, au total, le disponible de l'art. 913. Par exemple, Primus ayant 2 enfants, A et B, de son premier mariage avec Prima, épouse ensuite Secunda, à laquelle il donne 5, puis Tertia, à laquelle il donne encore 5. Primus meurt ensuite, laissant une succession de 30, en y comprenant les biens donnés à Secunda et Tertia. Ces deux libéralités sont valables ; chacune d'elles, en effet, étant de 5, n'excède pas une part d'enfant, qui est d'un tiers (en comptant le conjoint donataire pour un enfant), soit 10 dans l'espèce ; et d'autre part, le total de ces libéralités, qui est de 10, n'excède pas le disponible de l'art. 913, qui est également d'un tiers du patrimoine, puisqu'il n'y a que deux enfants.

Nous repoussons cette opinion, en vertu de cette remarque, déjà faite, que l'art. 1098 se suffit à lui-même, et ne doit pas être complété par l'art 913. La loi, dans le chapitre IX, a réglementé d'une façon complète le disponible entre époux.

Enfin, dans une 3^e opinion (Colmet de Santerre, IV n° 278, bis IX), on peut donner aux divers conjoints une part d'enfant, mais sans que le total de ces libéralités puisse dépasser le quart des biens. Ce système nous paraît méconnaître l'esprit de l'art. 1098 qui, en établissant deux disponibles, n'entend pas attribuer au donateur le droit

de choisir entre eux, mais ne lui laisse que la faculté de donner le moindre. Ainsi, dans l'exemple précédent, le disponible a été dépassé, puisqu'il n'est que du quart des biens, soit 7, 50, et que le total des libéralités est de 10. Il faudra donc réduire le montant de la dernière libéralité à $10 - 7, 50$, soit 2, 50. Finalement, Secunda gardera sa donation, mais Tertia devra restituer aux réservataires 2, 50 et ne conservera que 2, 50.

SECTION III

Cas où le disposant laisse des enfants adoptifs ou naturels

Nous avons supposé jusqu'ici que les réservataires étaient des enfants légitimes du donateur. Envisageons maintenant le cas où ce sont des enfants naturels ou adoptifs.

S'il s'agit d'un enfant adoptif, la question ne nous paraît guère douteuse. L'art. 356 dispose : « L'adopté aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption. » Par conséquent, nous n'hésitons pas à lui accorder le bénéfice de l'art. 1094. D'ailleurs, en général, c'est-à-dire en mettant à part le cas de l'adoption testamentaire à la suite d'une tutelle officieuse, le conjoint donataire ne sau-

rait se plaindre de cette restriction apportée à ses droits par la présence de l'adopté, puisqu'il a dû consentir à cette adoption, du moins lorsqu'elle a eu lieu pendant le mariage (art. 354). Que si l'adoption est antérieure au mariage, le conjoint devait la connaître, et il ne saurait se plaindre d'une réduction à laquelle ils s'est exposé sciemment.

Faut-il maintenir cette solution dans le cas où l'adoption est postérieure à la donation ? Nous pensons que oui. Il y a une raison de douter, tirée de l'art. 960, aux termes duquel la donation entre-vifs n'est pas révoquée par l'adoption, comme elle le serait au contraire par la survenance d'un enfant légitime.

Cette raison ne nous touche pas. Autre chose est la révocation, autre chose est la réserve. Certes, la donation n'est pas révoquée par l'adoption, et, si elle n'excède pas le disponible de l'art. 1094, l'adopté ne pourra pas la critiquer. Mais si elle la dépasse, l'adopté invoquera sa qualité d'héritier réservataire, non pas sans doute pour la faire révoquer et annuler, mais pour la faire réduire à la juste limite.

On insiste en disant que notre solution viole, au moins pour la partie retranchée, la règle « donner et retenir ne vaut » (art. 944). Mais je remarque tout d'abord que l'objection ne porte pas s'il s'agit d'une donation entre époux pendant le mariage, puisqu'une telle donation est essentiellement révocable (art. 1096). Quant aux donations par contrat de mariage, je réponds que l'adoption ne dépend pas de la seule volonté du donateur ; il faut la réunion des diverses circonstances exigées par la loi, qu'il ne dépend

pas du donateur de faire réaliser ; il faut notamment le consentement du conjoint lui-même (art. 344).

La question est plus douteuse pour l'enfant naturel. Remarquons d'abord qu'elle ne se pose pas pour ceux qui lui refusent une réserve. Mais que décider en se plaçant dans l'opinion générale qui le considère comme réservataire ? N'a-t-il droit qu'à sa réserve ordinaire calculée en combinant l'art. 913 avec l'art. 757 ? Ou peut-il faire réduire la libéralité conformément à l'art. 1094 ?

Nous pensons que l'art. 1094 n'est pas fait pour protéger les enfants naturels, et que ceux-ci ne peuvent dès lors réclamer, en présence de l'époux de leur auteur, que la réserve ordinaire. Voici nos motifs : Le législateur a établi dans l'art. 1094 un disponible fixe, quel que fût le nombre des enfants. En ne le restreignant pas, lorsqu'ils sont plus nombreux, on a voulu éviter de porter atteinte à la fécondité du mariage ; le législateur a craint que l'époux donataire n'eût intérêt à faire son possible pour ne pas augmenter le nombre de ses enfants. Ce motif montre que l'art. 1094 est étranger aux enfants naturels. D'ailleurs il y a un lien intime entre les art. 1094 et 1098. Ce dernier texte a pour but de protéger les enfants du premier lit, et l'art. 1094 les enfants communs. Or il est certain qu'il ne s'agit dans l'art. 1098 que d'enfants légitimes, le texte le dit formellement. Donc il en est de même dans l'art. 1094 (Cass. req. 12 juin 1866, S. 66, 1, 319 ; Grenoble, 7 mai 1879, S., 79, 2, 336).

DEUXIÈME PARTIE

Concours du disponible spécial entre époux avec le disponible ordinaire

Nous avons supposé dans nos explications précédentes que l'époux donateur n'avait disposé qu'en faveur de son conjoint ; le conflit ne s'élevait ainsi qu'entre les héritiers réservataires du donateur d'une part, et son conjoint donataire de l'autre.

Envisageons maintenant le cas où l'époux a fait des dispositions à la fois en faveur de son époux et en faveur d'une autre personne, qui le plus souvent sera l'un des enfants du donateur. Nous sommes en présence de deux disponibles, le disponible ordinaire, tel qu'il est réglé dans les art. 913 et 915, et le disponible spécial entre époux, réglé par les art. 1094 et 1098. Alors se pose le question célèbre du cumul ou de la combinaison des deux disponibles.

Les deux disponibles peuvent-ils s'appliquer cumulativement ? En d'autres termes, peut-on donner à un étranger le disponible ordinaire, et en outre à son conjoint le disponible entre époux ?

Dans le droit de la Révolution, tel qu'il résultait de la

loi du 17 nivôse, an II, et de celle du 18 pluviôse, an V, le cumul fut admis. Cela n'avait rien d'excessif, si l'on songe que le disponible ordinaire n'était que de $\frac{1}{6}$ ou même de $\frac{1}{10}$ selon la qualité des héritiers. En y joignant le $\frac{1}{2}$ des biens en usufruit, il restait aux réservataires une fraction importante du patrimoine.

Depuis la rédaction du code civil, le cumul est devenu impossible : il n'est pas conciliable avec l'extension donnée au disponible ordinaire par les art. 913 et 915. Est-il admissible, par exemple, qu'un homme marié, ayant un enfant, puisse donner à un tiers la moitié de ses biens en toute propriété, et laisser de plus à sa femme $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ un usufruit, ce qui aurait pour résultat de réduire l'enfant au quart du patrimoine paternel, et encore en nue propriété seulement. Mais il y a plus, et nous allons voir que le cumul conduit à une impossibilité matérielle.

Un homme a pour réservataire son père ou un ascendant quelconque. Le disponible ordinaire, aux termes de l'art. 915, est des $\frac{3}{4}$ en propriété, et le disponible spécial est de $\frac{3}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit. La théorie du cumul aboutirait à dire qu'on peut donner les $\frac{6}{4}$ de son patrimoine, et encore $\frac{1}{4}$ en usufruit, ce qui est absurde et montre bien que le législateur n'a pas voulu le cumul.

Aussi pouvons-nous constater, à part quelques arrêts inspirés sans doute par la législation de l'époque intermédiaire (Agen, 27 août 1810, S. 1811, 2, 112 ; Grenoble, 26 mars 1838, arrêt cassé le 21 novembre 1842, S. 42, 1, 897), qu'il y a unanimité dans la doctrine et la jurisprudence contre le cumul. Au reste, comme le dit très bien Demo-

lombe (Donations VI, n° 509), il y a un motif bien simple pour le repousser, c'est qu'on ne peut pas donner deux fois la même chose. Aux yeux du législateur, le disponible spécial entre époux n'est que le disponible ordinaire augmenté d'une fraction en usufruit dans l'art. 1094, ou diminué dans l'art. 1098.

Ayant repoussé le système du cumul, nous sommes amenés à examiner la question de la combinaison des deux disponibles. Elle est très-délicate. Un jurisconsulte qui ne manque pourtant pas de l'esprit de généralisation pour construire des systèmes juridiques, ni d'une dialectique subtile pour en déduire et en démontrer toutes les parties, M. Laurent, avoue ici son découragement : « Nous déclarons d'avance, dit-il, que toute doctrine est impossible ; la quotité disponible est une matière arbitraire que le législateur règle comme il l'entend, et que par conséquent lui seul a le pouvoir de régler » (XV, n° 342).

Quoi qu'il en soit, nous nous efforcerons de signaler les principales questions de la matière, et d'indiquer, avec notre appréciation critique, les diverses solutions qu'on leur donne.

Nous examinerons, dans un premier chapitre, le concours du disponible ordinaire avec le *disponible spécial de l'art. 1094*. dans un second chapitre, le concours du même disponible ordinaire avec le *disponible spécial de l'art. 1098*, et enfin dans un troisième chapitre, le concours des deux disponibles des art. 1094 et 1098.

CHAPITRE I

Concours du disponible ordinaire avec le disponible de l'art. 1094.

Nous poserons tout d'abord avec Demolombe (Donations, VI, n° 510) trois règles fondamentales :

1° Le total des dispositions ne peut excéder le disponible le plus élevé ;

2° Un donataire ne peut rien recevoir au-delà du disponible qui lui est propre ;

3° Tout donataire autre que l'époux ne peut profiter de l'augmentation de la quotité disponible que la loi a établie en faveur de l'époux.

Pour comprendre le fonctionnement de ces règles, nous distinguerons dans deux sections le cas où le disponible spécial est *inférieur* au disponible ordinaire, et celui où il lui est *supérieur*.

SECTION I

Le disponible spécial entre époux est inférieur au disponible ordinaire.

Nous savons que cette hypothèse ne se présente que si le disposant ne laisse qu'un seul enfant. Le disponible

ordinaire est alors de la moitié en propriété, tandis que le disponible spécial n'est que d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit ; le premier excède le second d'un quart en nue propriété. Appliquant notre première règle, nous dirons que les diverses dispositions faites au profit du conjoint et d'un tiers, ne doivent pas ensemble excéder la moitié en propriété ; et, appliquant la seconde, nous dirons que le conjoint ne peut recevoir plus de la moitié en usufruit ou $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit, et que le donataire étranger ne peut recevoir plus de la moitié en propriété.

Peu importe d'ailleurs la date de chaque libéralité : si l'on a commencé par gratifier l'époux de $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit, on pourra encore donner à un étranger $\frac{1}{4}$ en nue propriété. Si l'on a commencé par donner à un tiers la moitié en pleine propriété, on ne pourra plus rien donner à son époux, pas plus qu'à un tiers quelconque.

Une difficulté peut toutefois s'élever dans le cas suivant, que prévoit Troplong (Donations entre vifs IV, n^{os} 2585-2589) :

Primus a commencé par gratifier sa femme Prima, et cette libéralité excède le disponible spécial de l'art. 1094 ; par exemple, il lui a donné la moitié en toute propriété. Puis, il a un enfant. Il s'aperçoit alors qu'il a donné en trop à sa femme le quart en nue propriété, et il le lègue à un tiers, Secundus. Quel est le sort de cette seconde disposition ?

Troplong décide qu'elle est valable, et même que

Secundus pourra demander la réduction de la donation faite à Prima.

Cette décision nous paraît trop absolue. Nous distinguerons avec Demolombe (Donations, II, n^{os} 214 et 215 ; VI, n^o 514), selon qu'il y a, ou qu'il n'y a pas, dans la succession de Primus, assez de biens pour exécuter le legs de Secundus. Au premier cas, la disposition s'exécutera. Sans doute, après ce legs exécuté, il ne restera plus assez pour faire la réserve de l'enfant ; mais celui-ci fera réduire la donation de Prima de $\frac{1}{4}$ en nue propriété.

Qu'on n'objecte pas qu'aux termes de l'article 921 les donataires et légataires ne peuvent demander la réduction ni en profiter. Notre légataire Secundus, en effet, n'agit pas en réduction contre Prima. Il dit seulement que sa libéralité est valable, comme faite dans la limite du disponible, et que si quelqu'un est passible de la réduction, c'est l'époux donataire, et non lui-même. L'enfant veut-il avoir sa réserve intacte ? Il agira en réduction de la libéralité excessive adressée par son père à sa mère.

Que s'il n'y a pas dans la succession assez de biens pour exécuter le legs, nous n'irons pas jusqu'à accorder au légataire Secundus une action pour faire réduire la donation excessive de Prima, car l'art. 921 n'ouvre l'action en réduction qu'au réservataire, et déclare que le retranchement obtenu par celui-ci ne saurait profiter aux donataires et légataires. Donc, l'enfant enlèvera à Prima $\frac{1}{4}$ en nue propriété, qu'il gardera pour lui-même.

SECTION II

Le disponible spécial excède le disponible ordinaire.

Ce cas se présente lorsque le disposant laisse deux enfants ou un plus grand nombre. Pour plus de clarté, distinguons selon qu'il y a plus de deux enfants, ou qu'il n'y en a que deux.

§ 1^{er}. — *Le disposant laisse plus de deux enfants.*

Dans cette hypothèse, le disponible spécial excède le disponible ordinaire d'un quart en usufruit.

Nous sous-distinguerons 3 cas, selon que la donation à l'époux est postérieure, concomitante ou antérieure à la donation adressée à l'étranger.

Je suppose d'abord que la donation à l'époux est postérieure. Si le disponible ordinaire, à savoir le quart des biens en propriété, est absorbé, il est clair que le disposant ne peut donner à son conjoint qu'un quart en usufruit : c'est l'application de la première règle.

Que si le disponible ordinaire n'est pas absorbé, par exemple, si la première donation a porté simplement sur la moitié du quart disponible en propriété, le disposant pourra donner à son conjoint l'autre moitié de ce quart en pleine propriété, et un autre quart en usufruit.

Cette proposition n'est pas acceptée par tout le monde.

Supposons, pour fixer les idées, que Primus ait donné à un tiers quelconque, Secundus, un quart en pleine propriété. Je dis qu'il peut ensuite donner à Prima un quart en usufruit.

On l'a contesté en disant que le disponible de l'art. 1094 forme un tout indivisible. La disposition du quart en usufruit ne peut exister au profit de l'époux que comme un accessoire du quart en propriété donnée à ce même époux. Le législateur a voulu permettre à l'époux prémourant de faire à l'autre un sort égal à celui qu'il avait de son vivant, et pour cela il ne suffisait pas du legs d'un quart en propriété. La place de l'art. 1094 vient à l'appui de cette opinion, puisqu'il se trouve dans le chapitre des dispositions entre époux.

Enfin, on invoque les expressions mêmes de l'article qui permet de disposer au profit de son conjoint, de tout le disponible ordinaire, et en outre, de tout l'usufruit de la réserve. Cet usufruit n'existe donc que comme un appoint de la donation du disponible à l'époux. Le motif est que cet appoint est nécessaire pour donner satisfaction aux besoins matériels du conjoint survivant. Or, ce motif n'existe pas dans notre espèce, puisque le donateur n'a même pas donné à son conjoint le disponible ordinaire : probablement ce conjoint a-t-il une fortune suffisante ; pourquoi alors porter atteinte à la réserve ordinaire en donnant effet à la seconde disposition ? En un mot, le donateur doit choisir : ou bien donner à son conjoint le quart en propriété et le quart en usufruit, ou bien ne lui donner que le complément du disponible ordinaire. Il ne

peut diviser le disponible spécial, et donner le quart en propriété à un tiers, et le quart en usufruit à son conjoint. C'est tout ou rien (En ce sens Laurent XV, n° 361 ; conclusions de l'avocat général Delangle devant la cour de cassation, qui d'ailleurs les repoussa pour adopter la solution que nous défendons, par arrêt du 18 novembre 1840, S. 41, 1, 90 ; Dalloz V° Dispositions, n° 808).

Cette argumentation ne nous a pas convaincus. Il nous paraît arbitraire de dire que le quart en usufruit doit être lié, au profit de l'époux donataire, au quart en propriété. Un point certain pour tout le monde, c'est qu'un disposant peut, en ne faisant aucune libéralité à un tiers, se borner à donner à son conjoint un quart en usufruit ; il n'est pas obligé, pour cela, de lui donner un quart en propriété. Pourquoi ne pourrait-il pas lui faire la même donation d'usufruit, quand il a déjà donné à un étranger un quart en propriété ? Qu'importe que l'époux ait ou n'ait pas disposé au profit d'un étranger, de la quotité disponible ordinaire, du moment qu'il pouvait n'en pas disposer au profit de son conjoint ?

Nos adversaires disent que cette première donation à un tiers, prouve que le conjoint du donateur est personnellement riche et peut se passer des libéralités de son conjoint. Il suffit, pour montrer l'insuffisance de ce motif, de supposer que la première donation a été faite avant le mariage du donateur. Il a pu ensuite épouser un conjoint très-pauvre, et il est absurde, dès lors, de ne pas donner effet à la disposition en usufruit, sous prétexte que le donataire n'en a pas besoin.

Quant à l'expression « en outre », employée par l'art. 1094, elle ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur a établi un disponible de faveur au profit du conjoint ; mais il n'en résulte nullement que ce disponible soit indivisible, et qu'on ne puisse donner un quart en usufruit à son conjoint, qu'à la condition de lui donner un autre quart en propriété.

Envisageons maintenant l'hypothèse inverse. Primus a disposé d'abord au profit d'un étranger quelconque, Secundus, d'un quart en usufruit : peut-il ensuite donner à sa femme Prima, un quart en pleine propriété ? Nous ne le pensons pas, car ce quart d'usufruit, donné à Secundus, ne doit pas être considéré comme le supplément de disponible établi spécialement en faveur de l'époux : ce supplément ne saurait être accordé qu'au conjoint, et non à un étranger. Il faut le considérer comme une partie du disponible ordinaire. Dès lors, Primus ne pourra donner à sa femme Prima, que le complément du disponible ordinaire, soit un quart en nue propriété, plus l'excédent du disponible spécial, c'est-à-dire un quart en usufruit (Aubry et Rau, 4^e édition, VII, p. 268, § 689).

Prenons maintenant le cas où les deux donations, l'une en faveur d'un étranger, l'autre en faveur de l'époux, sont faites en même temps, ce qui, lorsqu'il s'agit de donations testamentaires, comprend même l'hypothèse où elles sont faites dans des testaments différents, parce que les divers testaments d'une même personne, au moins en ce qui touche leurs dispositions conciliables (pour les autres, il y a abrogation du testament le plus ancien par

le plus récent), sont réputées n'avoir qu'une seule date, celle du décès du disposant.

Le disposant a-t-il donné un quart en propriété à un étranger et un quart en usufruit à son conjoint ? Ces deux donations produiront leur plein effet : c'est ce que nous avons soutenu dans l'hypothèse précédente, celle où la donation à l'étranger précède la donation au conjoint : les raisons de douter et de décider sont les mêmes. On peut même ajouter ici, en faveur de la validité, un argument de plus : avec l'opinion contraire, d'après laquelle la donation faite à l'époux ne serait pas pleinement valable, parce qu'il n'y a pas lieu à la quotité disponible spéciale, mais simplement à la quotité ordinaire, il faudrait appliquer la réduction. Or, puisqu'il s'agit de donations faites à la même date, la réduction devrait porter sur l'une ou sur l'autre, afin que, réunies, elles n'excèdent pas le disponible ordinaire de l'art. 913 : l'art. 1094 deviendrait ainsi inutile. La jurisprudence est en ce sens (cass., 9 nov. 1846. S. 46. 1. 801 ; Req. 10 déc. 1847. S. 48. 1. 231), et il en est de même de la majorité des auteurs (Aubry et Rau, VII, § 689, note 32 ; Demolombe, loc. cit. n° 509 ; Colmet de Santerre, IV, n° 281 bis, VI ; Troplong, IV, n° 2608).

Renversons l'espèce, et supposons que le disposant ait, par un même acte, ou par deux actes de même date, donné un quart en usufruit à un étranger, et un quart en propriété à son conjoint. Il y a lieu à réduction, car ce quart d'usufruit n'est disponible qu'au profit du conjoint.

Envisageons maintenant le cas où la donation au

conjoint précède la donation à l'étranger. Nous abordons ici une des matières qui ont suscité le plus de controverses entre les interprètes du code civil.

Nous ferons avec Demolombe (Donations, VI, numéros 520 et suiv.), une distinction fondamentale, selon que la donation au conjoint a pour objet de l'usufruit ou de la propriété. La libéralité doit être imputée au premier cas sur le disponible spécial de l'art. 1094, dans le second, sur le disponible ordinaire de l'art. 913 ou 915.

Si l'on tient compte des règles générales que nous avons posées en commençant, on est amené à dire que la validité de ces dispositions dépend des conditions suivantes :

1° Que le total des deux dispositions n'excède pas le disponible ordinaire, en ce qui touche la pleine propriété.

2° Que chaque donataire n'ait pas reçu plus que le disponible qui lui est propre ;

3° Que l'excédant en usufruit du disponible spécial sur le disponible ordinaire ne soit attribué qu'à l'époux.

Ces formules générales nous permettront de résoudre aisément les deux questions suivantes :

PREMIÈRE QUESTION

Primus donne à Prima par contrat de mariage, la moitié de son patrimoine en usufruit : peut-il ensuite disposer, au profit d'un étranger, d'un quart en nue propriété, en supposant toujours qu'il y ait trois enfants ou un plus

grand nombre ? Nous admettons l'affirmative. En effet, la disposition faite à Prima s'analyse ainsi : un quart en usufruit est pris sur le disponible ordinaire, ce qui laisse sur ce disponible un excédant libre d'un quart en nue propriété. Un autre quart en usufruit est pris sur la réserve ordinaire, et enlevé aux réservataires en faveur de l'époux, conformément à l'art. 1094. Donc il reste une quotité d'un quart en nue propriété, qui est disponible au profit d'un étranger quelconque. Primus n'a donc pas excédé son droit, et ses dispositions devront être exécutées intégralement.

Au reste, ce système n'est pas admis par tout le monde. Examinons rapidement l'opinion contraire, qu'a adoptée la Cour de Cassation.

La Cour suprême a établi pour la première fois son système par un arrêt du 7 février 1824 (L. 1833, 1, 506), et elle y est jusqu'ici demeurée fidèle, malgré la résistance qu'à plusieurs reprises lui ont opposée les tribunaux et les cours d'appel (Riom, 21 mai 1853, S. 53, 2, 591 ; tribunal de Melun, 7 mai 1875 ; le Droit du 4 Septembre 1875), et malgré les critiques de la majorité des auteurs. A notre tour, nous allons nous efforcer de combattre la théorie de la Cour suprême.

Posons d'abord bien nettement l'hypothèse. Primus donne à sa femme Prima, par contrat de mariage, l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès. Il lui naît trois enfants de ce mariage, et il lègue à l'un d'eux, Secundus, par *préciput*, le quart de ses biens en nue propriété. C'est dans ces termes que la question s'est posée

devant la Cour de cassation, et qu'elle se renouvelle encore fréquemment en pratique. Quoi de plus naturel, en effet, que de songer, au seuil du mariage, à assurer l'avenir de sa femme par une disposition en usufruit. C'est l'esprit général du code civil de favoriser de telles dispositions qui sont souvent la condition même du mariage. Plus tard Primus, le père de famille, n'est payé que d'ingratitude par deux de ses enfants ; un seul, Secundus, accomplit son devoir, entourant son père de soins, adoucissant et consolant sa vieillesse. Quoi de plus naturel encore et de plus juste que de permettre à ce père un quart en nue propriété à ce fils ? Le disponible de l'art. 1094 n'est pas excédé, puisqu'en somme Primus n'a disposé en tout que d'un quart en pleine propriété, dont l'usufruit pour Prima et la nue propriété pour Secundus, et d'un autre quart en usufruit au profit de Prima. L'espèce est donc très pratique. Il s'agit de savoir si le legs d'un quart en nue propriété au profit de Secundus est valable.

La Cour de Cassation répond que non. Nous repoussons énergiquement cette solution comme conduisant à des conséquences funestes pour l'organisation de la famille, comme contraire à la raison, et enfin comme contraire à la loi.

Je dis d'abord que la solution de la Cour est contraire au bon fonctionnement des rapports de famille, puisqu'elle met son chef dans cette alternative de violer ses devoirs de mari, ou de se désarmer vis-à-vis de ses enfants ; en se dépouillant du droit de récompenser le meilleur d'entre eux, et de punir celui qui se montre indi-

gne. Comment ! Parce qu'un homme a assuré le sort de sa veuve, ses enfants vont pouvoir impunément le braver, le mépriser, l'abandonner ; ils n'auront plus rien à redouter de leur père, celui-ci ne pouvant pas disposer à leur préjudice de la moindre part de ses biens.

L'inconvénient de cette jurisprudence apparaît d'une façon plus sensible encore dans les systèmes matrimoniaux, tels que le régime dotal, qui maintiennent séparées les deux fortunes des conjoints ; c'est ici surtout que les gains de survie sont nécessaires. Dans le régime de communauté, la confusion du mobilier et des acquêts protège en général l'époux survivant ; les dispositions en usufruit par contrat de mariage sont moins fréquentes, et le père conserve la faculté de donner son disponible à tel ou tel de ses enfants. Aussi les dangers de cette jurisprudence ont-ils été en quelque sorte masqués dans les pays pratiquant la communauté. Ils se sont au contraire révélés dans tout leur jour dans les pays du midi de la France, inféodés au régime dotal ; aussi, est-ce dans ces pays, que la théorie que la Cour de cassation a rencontré l'hostilité la plus vive, à la fois dans l'opinion publique et dans les tribunaux.

Troplong, l'un des rares défenseurs de la théorie de la Cour, a senti la gravité de cette objection, et s'est efforcé d'y répondre. « Il est vrai, dit-il, que le père a diminué son pouvoir coercitif, et qu'il lui est plus difficile de récompenser et de punir : ce sera à lui à veiller de plus près sur le moral de ses enfants, pour obtenir par l'éducation ce qu'il est toujours pénible d'obtenir par la crainte

ou la menace. Je ne vois pas un mal immense dans une situation qui maintient l'égalité entre enfants, et rend plus difficile l'exercice du pouvoir qui permet de la briser » (IV, n° 2602). La réponse est bizarre, surtout de la part d'un jurisconsulte sans cesse en contact avec la réalité des faits. Avec un tel raisonnement, il n'y aurait qu'à supprimer le droit comme une institution inutile, peut-être même dangereuse, en ce qu'elle permet aux hommes de s'en rapporter à la force sociale pour obtenir leur dû, au lieu d'employer la persuasion. L'éducation et la morale suffiraient pour régler au mieux les rapports des hommes ; il n'y aurait plus qu'à brûler les codes, et licencier les tribunaux, pour ne laisser debout que l'Evangile, le « *de officiis* » et les ouvrages des moralistes. C'est de la pure utopie. Sans doute l'intérêt ne doit pas être le seul guide des hommes, et il faut que ce mobile soit tempéré par la notion du devoir. Mais il n'en est pas moins vrai que le devoir est plus sûrement et mieux rempli quand la récompense est au bout, et qu'un législateur ne fait rien de sérieux et de durable, s'il n'a pas soin de stimuler le zèle des hommes par l'espérance d'un gain et la crainte d'un mal. C'est ce qu'ont bien compris les rédacteurs du code civil, en décidant dans l'art. 919 que « la quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette à rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput ou hors part ».

Je dis en second lieu que le système de la Cour de Cassation est contraire à la raison. Il est illogique et contradictoire.

Si Primus fait deux dispositions simultanées, soit par testament, soit par donations entre-vifs, l'une au profit de sa femme Prima de la moitié de ses biens en usufruit, l'autre au profit de l'un de ses enfants, Secundus, d'un quart en nue propriété, les deux dispositions seront valables. Et voici que la seconde ne vaudra rien sous prétexte que la première, celle faite à l'époux, ne lui est pas concomitante, mais antérieure. De même la jurisprudence valide le tout, si la donation d'un quart en nue propriété faite à l'enfant est antérieure à la donation de la moitié en usufruit faite à l'époux, et elle ne maintient pas cette décision, si l'ordre des dispositions est inverse. Or, c'est précisément cet ordre inverse qui est l'ordre naturel. On gratifie son conjoint au moment du mariage, afin de déterminer son consentement en lui faisant une situation meilleure, en assurant son avenir, tandis qu'on n'a pas l'habitude de gratifier des enfants qui n'existent pas encore. La Cour reconnaît la validité de la disposition, quand ce n'est pas nécessaire, et elle la repousse, quand il est utile de l'admettre. Nous avons donc raison de dire que cette solution choque le bon sens.

D'ailleurs, est-il logique que la réserve des enfants puisse varier au gré du donateur, suivant la fantaisie qu'il aurait eue de commencer par l'une des donations ou par l'autre ? Les raisons qui valident la disposition dans un cas, ne doivent-elles pas la valider dans l'autre. L'étranger,

dit la Cour, ne doit pas profiter de l'extension de la quotité disponible admise en faveur de l'époux. Mais alors pourquoi le faire bénéficier de cette extension dans certains cas et non dans d'autres ? Il faudrait choisir et suivre une seule et même règle.

Nous allons voir maintenant que la solution de la cour de cassation n'est pas plus conforme au droit qu'à l'équité et à la raison. La Cour invoque principalement deux arguments :

a) Il faut imputer tout d'abord sur le disponible ordinaire la disposition qui a été faite en premier lieu en faveur du conjoint. Du moment que la loi nous offre, à côté du disponible ordinaire, un disponible exceptionnel plus favorable, il est logique de ne recourir aux ressources extraordinaires qu'après avoir épuisé le fonds ordinaire. Telle est l'intention probable du disposant. Donc la première disposition, bien que faite au profit du conjoint, doit être imputée sur le disponible ordinaire.

Les jurisconsultes ont promptement compris l'arbitraire de cette décision. Troplong seul a persisté à la défendre. Marcadé (IV, art. 1100, n° 368) admet bien en principe que la première donation, même faite au profit du conjoint, doit être imputée sur le disponible ordinaire. Mais il reconnaît immédiatement que ce principe souffre exception dans notre espèce, parce qu'il n'est pas possible d'imputer une donation de moitié en usufruit sur le disponible ordinaire, qui n'est que d'un quart en propriété. Dans ce cas, l'intention plus naturelle du donateur, et même la seule possible, est qu'il a entendu disposer confor-

mément à l'art. 1094. Donc la partie de disponible ordinaire que n'a pas emportée la donation du disponible spécial, et qui est ici d'un quart en nue propriété, peut être donnée postérieurement à un tiers quelconque, notamment, ce qui est le cas pratique, à un enfant par préciput.

Nous repoussons l'argumentation de la Cour, sans même lui faire la concession de Marcadé. Nous considérons comme purement arbitraire la présomption que le disposant a voulu tout d'abord imputer sa donation sur le disponible ordinaire. Ce qui est plus vraisemblable, c'est qu'il a voulu user du disponible qui lui laisserait le plus de liberté dans l'avenir, et non de celui qui d'un coup épuisait son droit.

D'ailleurs pourquoi s'embarrasser de cette recherche d'intention relativement à l'imputation de la liberté ? C'est au décès du disposant que se détermine, d'après la qualité des héritiers, la partie du patrimoine qu'il a pu valablement donner. S'il y a excès, on réduira les libéralités, en commençant par les legs, et en prenant ensuite les donations à partir de la plus récente. Le donateur prend sa libéralité sur l'un quelconque des disponibles en restant bien entendu dans la limite du disponible plus large. Il n'y a pas de raison de droit qui le force à donner tout le disponible de l'art. 913 avant de toucher à celui de l'art. 1094.

La vérité est qu'il faut toujours imputer sur le disponible spécial la donation faite à l'époux quand elle est en usufruit, car c'est ce procédé qui laisse au donateur la plus grande latitude de disposition.

Nous ferons à la théorie de la Cour une autre objection, qui ne nous paraît pas moins décisive ; c'est qu'elle dénature la donation faite au conjoint de moitié en usufruit pour la considérer comme une donation d'un quart en propriété. Qu'on ne dise pas que c'est là une simple transformation fictive, un procédé de calcul et d'évaluation n'ayant pour but que de déterminer l'étendue de la disposition. Cette transformation atteint essentiellement le droit du disposant, puisqu'elle a pour effet de l'empêcher de donner par la suite un quart en nue propriété.

Et ce changement de l'usufruit en propriété, comment le fait-on ? La Cour décide qu'une moitié en usufruit vaut un quart en propriété, c'est-à-dire juste le disponible ordinaire. Quel est le texte du code civil qui établit ce rapport de 1 à 2 entre l'usufruit et la pleine propriété ? Si tel'e était la pensée des auteurs du code civil, la chose valait assurément la peine d'être dite. Certes, la loi fiscale a pris cette base d'évaluation (L. 22 frimaire an VII, art. 14), nous l'avons déjà vu, afin de faciliter le recouvrement des droits de mutation. Mais il serait absurde d'admettre en toutes matières l'application de cette règle. Il faudrait donc évaluer, au moyen des tables de mortalité ou d'après les circonstances de fait, expertises médicales, etc., la durée probable de l'usufruit. Or quel est le titulaire de l'usufruit ? C'est l'époux gratifié, la mère (ou le père) des enfants réservataires. Est-il moral, décent de voir des enfants supputer le nombre d'années que leur père a à vivre, scruter ses maladies secrètes ?

Ajoutons qu'une telle évaluation est contraire à l'in-

tention certaine du législateur, qui a entendu couper court aux procès de ce genre, d'abord en matière de règlement de dettes entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, par l'art. 612, et, en matière de disponible ordinaire, par l'art. 917. Et on prétend fonder de telles complications sur l'intention probable du disposant ? Il faudra que le disposant détermine ce que pourra valoir à son décès l'usufruit de telle partie de ses biens qu'il donne à son conjoint, afin que, selon les cas, il puisse gratifier soit son conjoint lui-même, soit un étranger.

Le second argument de la Cour de cassation n'est guère meilleur. L'art. 1094, dit-elle, est fait pour l'époux seul, et le donataire étranger ne saurait profiter de cette quotité disponible spéciale. Or supposez que Primus ait disposé de la moitié de ses biens en usufruit, non au profit de Prima, mais au profit de Tertius. Il est absolument certain qu'il aurait épuisé son disponible, et qu'il n'aurait rien donné à un autre étranger Secundus. Donc, il en doit être de même, s'il a fait cette disposition au profit de Prima au lieu de Tertius. Secundus ne saurait profiter de la circonstance que le premier donataire est l'époux du disposant, car ce n'est pas en sa faveur que la quotité disponible a été étendue dans ce cas, mais uniquement en faveur de l'époux. Il ne faut pas que l'étranger trouve un avantage à concourir avec un étranger au lieu de concourir avec l'époux.

Je réponds que notre solution n'aboutit nullement à faire profiter l'étranger du disponible spécial de l'art 1094.

Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que nous procurions à l'étranger la portion ajoutée au disponible ordinaire, c'est-à-dire une portion d'usufruit portant sur la réserve des enfants. Or, dans notre espèce, l'usufruit est donné à l'époux seul ; c'est donc bien lui qui recueille le bénéfice de l'art. 1094. L'étranger qui demande un quart de nue propriété se fonde sur l'art. 913. Mais, dit-on, l'étranger se trouve ainsi mieux traité, venant en concours avec l'époux, que s'il venait en concours avec un étranger. C'est vrai ; mais cela ne tient pas à une faveur faite à l'étranger ; c'est la conséquence de la qualité du donataire avec lequel il concourt. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait supprimer l'art. 1094, ou enlever au premier donataire sa qualité d'époux : or les deux choses sont évidemment impossibles.

La jurisprudence que nous venons de critiquer est si contraire au sentiment général et aux nécessités pratiques, qu'on n'a pas tardé d'imaginer des biais pour la tourner et en faire lettre morte.

Soit une donation faite par Primus à Prima de moitié de son patrimoine en usufruit. Primus veut ensuite, ayant trois enfants, donner à l'un d'eux par préciput, ou donner à un étranger un quart en nue-propriété. Les libéralités entre époux étant essentiellement révocables (art. 1096), Primus révoquera cette donation, fera sa disposition à Secundus, et recommencera ensuite sa donation à Prima. De cette façon, la donation à Secundus étant antérieure à celle faite à Prima, pourra s'exécuter ; les deux dispositions vaudront. La Cour de cassation a reconnu la légalité de ce procédé (Cass., 3 juin 1863. S. 63. 1. 417).

Les choses seront moins simples si la donation a été faite par contrat de mariage. Néanmoins on pourra encore tourner la jurisprudence. Primus n'a qu'à recommencer, sous forme de donation entre-vifs ou testamentaire, sa première donation à Prima. Celle-ci renoncera à l'avantage contractuel, qui dès lors sera censé n'avoir jamais été fait, à raison de l'effet rétroactif de la renonciation (art. 785), et elle acceptera la seconde donation. De cette façon, la donation à Secundus étant antérieure à celle faite à Prima, pourra s'exécuter ; les deux dispositions vaudront. La Cour de cassation a reconnu la validité de ce procédé (Cass., 3 juin 1863, S., 63. 1. 417).

On peut aboutir au même résultat sans même avoir besoin de recommencer la donation entre époux. Il suffit qu'au moment où on la fait, on l'affecte d'une condition résolutoire potestative, qui permette de faire prendre rang sur elle à la libéralité préciputaire que l'on fera plus tard au profit d'un enfant. Cette condition est valable aux termes des art. 1086 et 1093 du code civil. Elle revient à dire que la donation ne sera exécutée qu'après prélèvement fait du don ou du legs que l'on pourrait faire par la suite (Demolombe, Donations, VI, n° 535).

L'emploi de tels procédés pour éluder la jurisprudence de la Cour suprême, confirme ce que nous disions au début de cette discussion, à savoir que sa théorie est aussi contraire à la raison, au sentiment général, et aux besoins pratiques, qu'à la logique et aux principes généraux du droit.

2^e Question.

Primus donne à Prima le quart de son patrimoine en pleine propriété. Il a de ce mariage trois enfants. Peut-il donner à un étranger un autre quart du même patrimoine en usufruit ? Nous admettons que non, par application de la troisième condition que nous avons posée plus haut, à savoir que l'excédant en usufruit du disponible spécial sur le disponible ordinaire ne doit être attribué qu'à l'époux.

L'opinion contraire, soutenue autrefois par MM. Aubry et Rau, qui l'ont abandonnée dans leur 4^e édition (Comparer 3^e édition, V § 689 note 20, et 4^e édition, VII § 689) et par M. Colmet de Santerre (IV, n^o 281 bis V), invoque les arguments suivants :

Si l'on avait donné d'abord le quart en propriété à l'étranger, on pourrait ensuite, du moins dans l'opinion générale, donner à son conjoint un autre quart en usufruit. Il est illogique de décider qu'on ne pourra pas faire les mêmes dispositions en intervertissant les bénéficiaires, c'est-à-dire en donnant un quart en propriété à l'époux, et un autre quart en usufruit à l'étranger. En quoi ce second procédé est-il, plus que le premier, défavorable aux réservataires ? Pour eux la situation est évidemment la même dans les deux cas. — On a objecté que la donation d'un usufruit au conjoint leur présentait cet avantage particulier de les mettre à l'abri d'une demande de pension alimentaire de la part du conjoint donataire, qui est en même temps leur mère (ou leur père). — Mais il suffit,

répond-on, pour réfuter cette objection, de remarquer que cet usufruit n'est pas, comme la jouissance légale, inaliénable ; il peut être cédé, saisi, et son titulaire réduit à la misère et à la nécessité de demander une pension alimentaire à ses enfants. Donc il n'est pas vrai de dire que la donation d'usufruit au conjoint est plus avantageuse aux enfants. Ceux-ci ont plutôt intérêt à ce que les dispositions soient faites en sens inverse, car ils trouveront dans la succession du conjoint donataire la propriété qui lui a été donnée, tandis qu'elle serait définitivement perdue pour eux si elle avait été donnée à un étranger.

On ajoute que si l'usufruit ne peut être donné au tiers, cette défense rejaillira sur l'époux donataire, lorsqu'il s'agira d'une disposition de dernière volonté. En effet, la donation d'usufruit à l'étranger est-elle entre vifs ? L'époux subira seul la réduction, puisque les legs sont réduits avant les donations. Est-elle également un legs ? Il y aura réduction des deux dispositions au marc le franc. Et l'on aura cette double bizarrerie : 1° De faire conserver l'usufruit, au moins en partie, à l'étranger, alors que la loi n'a établi que dans l'intérêt de l'époux l'excédant de disponible en usufruit ; 2° D'enlever à l'époux une partie de son quart en propriété, alors que, seul, il aurait pu être gratifié à la fois d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit.

M. Colmet de Santerre admet également la disposition du quart en usufruit au profit d'un étranger, mais avec cette restriction que la situation des enfants ne pourra être pire que si la donation d'usufruit avait été

faite au profit du conjoint, c'est-à-dire que l'usufruit de l'étranger prendra fin, non à sa mort, mais à celle du conjoint gratifié en propriété. Cette solution est, certes, très ingénieuse pour tout concilier ; mais nous la repoussons justement parce qu'elle l'est trop. Si telle avait été la pensée du législateur, il l'aurait indiquée formellement : on ne sous-entend pas des solutions aussi particulières.

Nous repoussons cette théorie, même atténuée par la restriction de M. Colmet de Santerre. Nous soutenons que le disposant a épuisé son droit en donnant au conjoint le quart de ses biens en propriété. L'excédant d'un quart en usufruit dont parle l'art. 1094, n'est disponible qu'au profit du conjoint. En effet, il n'est pas indifférent pour les enfants, que l'usufruit soit donné à un étranger ou au conjoint. Outre la considération précédente que l'usufruit du conjoint les met en général, sinon d'une façon absolue, à l'abri d'une demande de pension alimentaire de sa part, ce conjoint sera, le plus souvent, d'un âge avancé, et son droit ne tardera pas à s'éteindre. Il en serait autrement de l'usufruit donné à un tiers, car il s'agirait presque toujours d'une donation adressée par préciput à l'un des enfants du disposant.

Enfin, la donation au conjoint est plus avantageuse aux enfants, en ce sens qu'ils en profiteront en quelque sorte indirectement, car le bien-être du conjoint donataire, qui n'est autre que leur père (ou leur mère), rejaillit sur eux par suite des rapports fréquents qu'ils ont ensemble, de l'intimité qui existe plus ou moins entre eux, et

qui va parfois jusqu'à la communauté d'habitation. En un mot, cet usufruit du conjoint est grevé, sinon en droit, comme la jouissance légale, du moins en fait d'une certaine charge au profit des enfants du mariage.

On objecte qu'avec notre système, l'époux qui pourrait cumuler les deux dispositions, ne bénéficiera même pas intégralement de la donation qui lui est faite d'un quart en pleine propriété. C'est exact ; mais ce résultat tient à ce que nous ne sommes plus sous l'empire de l'art. 1094.

Du moment que la disposition en usufruit n'est pas au profit de l'époux, et que celui-ci ne reçoit que de la propriété, nous rentrons dans le domaine de l'art. 913 : il faut donc appliquer le droit commun de la réduction.

Notre solution est d'ailleurs parfaitement d'accord avec les précédents historiques. Autrefois, la coutume assurait à la femme survivante, à titre de douaire, l'usufruit d'une partie de la succession du mari. Notre droit a permis également au conjoint prémourant d'assurer la situation du survivant : seulement, il ne se contente pas d'une présomption de volonté ; il veut que le prémourant exprime formellement son intention ; il substitue la volonté expresse à la volonté tacite. Mais l'avantage procuré au survivant est toujours le même, c'est un droit d'usufruit. Il résulte de là que c'est en faveur de l'époux survivant, et non au profit d'autres personnes, que la disposition d'un quart en usufruit a été ajoutée par l'art. 1094 au disponible ordinaire.

§ 2. — *Le disposant ne laisse que deux enfants*

Dans ce cas, le disponible ordinaire est d'un tiers en propriété. Le disponible spécial est toujours celui de l'art. 1094, c'est-à-dire qu'il peut aller à un quart en propriété et un quart en usufruit. Nous avons déjà remarqué qu'en considérant un quart en usufruit comme équivalant à la moitié en propriété, le disponible spécial excède ici de $1/24$ le disponible ordinaire.

Pour voir, dans ces conditions, la combinaison des deux disponibles, envisageons l'espèce déjà prévue, celle où Primus donne à sa femme Prima, par contrat de mariage, la moitié de ses biens en usufruit. Dans notre système, rien de plus simple. On peut donner à son conjoint la moitié en usufruit, tandis qu'à un étranger on ne pourrait donner, même en usufruit, qu'un tiers. Donc, en usufruit, le disponible spécial excède le disponible ordinaire de $1/6$. Primus, en disposant au profit de Prima, de la moitié en usufruit par contrat de mariage, lui a donné en réalité, en usufruit, $1/6$ sur la réserve, et $1/3$ sur le disponible de l'article 913. Donc il y a $1/3$ en nue propriété qui reste libre entre les mains de Primus, et dont il pourra disposer au profit d'un tiers quelconque, Secundus.

On objecte que ce cumul d'un tiers en nue propriété et de moitié en usufruit, excède à la fois le disponible ordinaire et le disponible spécial. Je réponds qu'il n'est dit nulle part que les libéralités réunies ne doivent pas dépasser le plus fort disponible. Ce que nous avons admis,

c'est qu'il n'y avait pas lieu à réduction quand les libéralités prises ensemble n'excédaient pas le disponible le plus fort, mais nous n'avons pas affirmé du tout la proposition contraire. Ce qu'il faut interdire, c'est le cumul. Mais il n'y a pas cumul du moment que l'époux prend, en tout ou en partie, cette portion d'usufruit qui grève la réserve, et forme la différence entre le disponible spécial et le disponible ordinaire (Aubry et Rau, VII § 689 note 25).

La jurisprudence, faisant application de la théorie que nous avons critiquée plus haut, décide que Primus ne pourra donner par la suite à Secundus que le complément du disponible ordinaire, c'est-à-dire un tiers moins un quart considéré comme équivalant à la moitié en usufruit déjà donné, soit en définitive un douzième en pleine propriété (Orléans, 4 août 1849, S., 50. 2. 199 ; Cass., 12 janvier 1853, S. 53. 1. 71). Il en résulte que la réserve libre d'usufruit se trouve réduite à 5 douzièmes. Cela est singulier, car, s'il n'y avait qu'un seul enfant, sa réserve, libre d'usufruit, serait des 6/12. La réserve deviendrait moins forte quand il y a deux enfants que lorsqu'il n'y en a qu'un seul.

Le tribunal de la Seine, choqué de ce résultat, et appliquant ce mode d'évaluation qui considère un droit d'usufruit comme équivalant à la moitié en propriété, remplace cette moitié en pleine propriété par un 1/6 en nue-propriété (Trib. Seine, 31 mai 1861, D. 63. 2. 91). Ces solutions de pur arbitraire sont à nos yeux la condamnation même du point de départ.

Supposons maintenant les deux dispositions faites à

Primo et à Secundus cumulativement. Ainsi, le tribunal d'Albi a eu à statuer sur le cas suivant. Primus, ayant deux enfants lègue à Prima l'usufruit de tout ce dont il peut disposer à son profit, et il lègue en nue propriété par préciput à l'un de ses enfants, Secundus, tout ce dont il peut disposer en sa faveur. Le tribunal décida que les deux legs ne pouvaient pas être cumulés, mais qu'ils pouvaient concourir dans le sens de la quotité disponible la plus étendue. Prima aura donc l'usufruit de moitié, et Secundus la nue propriété d'un quart. Cette décision du 26 juin 1861, fut confirmée par arrêt de la Cour de Toulouse, du 7 mai 1862. Mais elle offre ceci de bizarre que le disponible se trouve fixé au même chiffre que s'il y avait trois enfants ou un plus grand nombre.

Ainsi, nous voyons encore ici la jurisprudence fournir des solutions aussi peu satisfaisantes en équité qu'en logique.

CHAPITRE II

Concours du disponible ordinaire avec le disponible spécial de l'article 1098.

Nous supposons un époux veuf avec enfants qui a convolé en secondes noces, et disposé tant au profit de son nouveau conjoint qu'en faveur d'un étranger. L'art. 1098 décide qu'il ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant le moins prenant, sans que cette donation puisse excéder le quart des biens.

Remarquons tout d'abord que ce disponible spécial est fixé en pleine propriété comme le disponible ordinaire. Il n'y a que la quotité qui diffère. D'autre part, le disponible spécial est généralement inférieur au disponible ordinaire, sauf dans le cas où le donateur laisse trois enfants, auquel cas les deux disponibles sont égaux.

Voici la règle qui, dans ce cas, doit régir le concours des deux disponibles, du moins dans l'opinion à laquelle nous nous rallions (Demolombe, Donations, II, n° 215 ; VI, n° 568).

Les deux libéralités, quel que soit l'ordre dans lequel elles ont été faites, doivent être exécutées concurremment, mais à deux conditions : 1° que dans leur ensemble elles ne dépassent pas le disponible ordinaire ; 2° que la libé-

ralité faite au nouvel époux n'excède pas le disponible spécial de l'art. 1098.

L'application de cette règle est très-simple. Supposons que Primus, veuf remarié (il en serait évidemment de même s'il s'agissait d'une veuve) commence par faire une donation par contrat de mariage et par conséquent irrévocable, à sa seconde femme Secunda. S'il n'a pas absorbé la quotité spéciale de l'art. 1098, il pourra encore donner à un étranger la différence entre la première donation et le disponible ordinaire de l'art. 913. S'il a dépassé le disponible de l'art. 1098, il pourra donner la différence des deux disponibles, du moins sur les biens qui existeront encore dans la succession, sauf aux enfants à agir en réduction contre la seconde femme pour la partie de la disposition qui excède la quotité de l'art. 1098.

Il peut se présenter une difficulté à raison de ce que le second époux ne peut pas recevoir plus qu'une part d'enfant le moins prenant. Il résulte de là qu'une disposition qui, sans entamer la réserve, diminue le droit des enfants, va rejaillir sur la donation antérieurement faite au second époux. Mais comment s'y prendre si cette donation est irrévocable de sa nature ? Comment concilier l'irrévocabilité de cette donation avec la liberté de donner dans la mesure du disponible ?

Si la donation à l'époux avait été faite au cours du mariage, pas de difficulté. Cette libéralité étant essentiellement révocable, on dirait que la donation postérieure a eu pour effet de réduire la première.

Mais supposons le cas où la donation est faite par contrat de mariage, et par conséquent irrévocable.

Si la donation est d'une part d'enfant, les donations entre-vifs ou testamentaires faites postérieurement dans les limites du disponible ordinaire sont parfaitement valables. La libéralité faite à l'époux se trouvera naturellement réduite tout comme les parts des enfants. Avec l'opinion contraire, les moindres libéralités que ferait le disposant se trouveraient frappées nécessairement de caducité par cela seul que le donateur laisserait en mourant plus de deux enfants. Il n'est pas probable qu'il ait ainsi voulu se lier les mains et s'interdire toute disposition ultérieure. C'est ce que décida la Cour de Paris, confirmant un jugement du tribunal de Versailles (Paris, 19 juillet 1833, S., 33. 2. 297), en ces termes :

« La femme donataire ne peut demander le rapport (il s'agit du rapport des dons et legs faits, postérieurement au mariage, par son mari) qu'autant que les enfants eux-mêmes auraient le droit de l'exiger, et elle n'est pas fondée à critiquer les dispositions de son mari, toutes les fois que sa portion se trouve être équivalente à celle revenant à l'un des enfants, réduit à sa portion dans la quotité non disponible. »

Supposons maintenant que la donation au second époux ait pour objet une valeur fixe. Par exemple, Primus, veuf avec enfants, se remarie et donne par contrat de mariage une somme de 20 à sa femme. Puis il lègue à un étranger ou à l'un de ses enfants, par préciput, Tertius, une somme de 4. Il meurt, laissant 4 enfants, dont

l'un au moins du premier lit, et un patrimoine de 80. Le legs est-il valable ?

Si le legs n'existait pas, la donation à la seconde femme n'excéderait pas le disponible, puisque le patrimoine existant au décès, y compris la donation, se monterait à 100, dont le cinquième, représentant une part d'enfant, est 20, c'est-à-dire précisément la somme donnée.

Si maintenant nous tenons compte du legs, nous remarquons que le total de la donation et du legs n'excède pas le disponible de l'art. 913, qui est d'un quart, soit, dans l'espèce, 25. Donc, Tertius peut demander la délivrance de son legs. Mais alors, la masse à partager entre la femme et les 4 enfants, n'est plus que de 96, dont le cinquième est 19,2. La donation de 20 a donc été partiellement révoquée, contrairement aux art. 1081 et suiv. du code civil.

Néanmoins, nous n'hésitons pas à maintenir le legs fait au profit de Tertius, car celui-ci a droit à la fixation de la réserve, conformément à l'art. 913. En présence de cet article, sur quel fondement pourrait-on réduire ce legs ? Invoque-t-on l'irrévocabilité des donations ? Mais, comme le fait très-bien remarquer M. Colmet de Santerre (IV, n° 278 bis, VII), la règle de l'irrévocabilité est moins rigoureusement observée dans les donations par contrat de mariage que dans les donations ordinaires, puisque les conditions potestatives de la part du donateur y sont admises. « On peut dès lors, ajoute cet auteur, accepter une disposition législative qui, pour assurer l'égalité la plus absolue entre le second époux et les enfants

les moins favorisés, subordonne l'effet de la donation faite à l'époux, à l'existence d'actes qu'il dépendra du donateur de faire ou de ne pas faire ». Il est naturel, en effet, de décider que le donateur n'a pas entendu, par cette donation à sa femme, se priver d'une façon absolue, pour l'avenir, du droit de faire des libéralités dans les limites du disponible ordinaire. Les 20 qu'il a donnés ne sont pour lui qu'un maximum ; ils peuvent être réduits, mais sans descendre toutefois au-dessous d'une part d'enfant le moins prenant.

CHAPITRE III

Concours des deux disponibles des art. 1094 et 1098

Après avoir mis en conflit chacun des disponibles spéciaux fixés par les art. 1094 et 1098, avec le disponible ordinaire de l'art. 913, il nous faut, pour terminer ce sujet, mettre en concours entre eux les deux disponibles particuliers.

Voici l'hypothèse : Primus a épousé Prima, puis Secunda, et meurt laissant un ou plusieurs enfants du 1^{er} lit. Il a disposé à la fois au profit de Prima et de Secunda. Quel est le maximum qu'il a pu valablement donner ?

Il est bien certain que les deux disponibles des art. 1094 et 1098, ne sauraient être cumulés ; ce serait sacrifier les réservataires. Donc il faut les combiner, et pour cela, deux procédés se présentent à l'esprit :

Ou bien on dira que le total des deux donations ne pourra excéder le quart dont il est question dans l'art. 1098, au profit de Secunda ;

Ou bien on dira que ce total ne pourra excéder le maximum de l'art. 1094, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$ en pleine pro-

priété, plus $1/4$ en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement, étant d'ailleurs bien entendu que Secunda ne peut rien recevoir de plus que le disponible spécial de l'art. 1098.

C'est cette seconde solution que nous préférons. Quand on envisage sans parti pris les art. 1094 et 1098, il est naturel de dire que le droit commun n'est pas dans le second, mais dans le premier. L'art. 1098 vise un cas particulier, et restreint pour ce cas la faculté de disposer d'une façon exceptionnelle. C'est donc l'art. 1094 qui doit être considéré comme réglant le disponible absolu et total, sans que d'ailleurs le disposant puisse gratifier son second époux au-delà de ce qui est permis par l'art. 1098.

Certains auteurs ont proposé, pour cette question, une solution d'une simplicité incontestable, mais d'un tel arbitraire, que c'est à peine si elle mérite d'être retenue et discutée. Dans cette opinion, il n'y aurait qu'à appliquer dans l'espèce l'art. 913, dont on prendrait le disponible pour maximum. De cette façon, les deux libéralités seront valables, pourvu que : 1° leur total n'excède pas le disponible de l'art. 913 ; 2° que chacune d'elles n'excède pas le disponible propre à l'époux gratifié, c'est-à-dire le disponible de l'art. 1094 pour Prima, et celui de l'art. 1098 pour Secunda. Ce qui constitue à nos yeux l'intolérable arbitraire de ce système, c'est que l'art. 913 ne peut être invoqué ni par Prima ni par Secunda, quand ils sont séparément en présence de réservataires, et qu'ils l'invoqueront, s'ils se trouvent gratifiés ensemble, alors qu'aucun texte ne vient établir une telle distinction,

A l'appui de ce système on a pourtant invoqué l'argument suivant. L'art. 913 régit la quotité disponible en faveur des étrangers. Or les deux conjoints sont évidemment des étrangers l'un par rapport à l'autre.

Cet argument n'est au fond qu'une confusion de mots. Si les deux conjoints donataires sont étrangers l'un à l'autre, ils ne sont pas étrangers au donateur ; ils sont ses conjoints, et c'est là ce qu'il faut considérer pour savoir s'il faut appliquer le disponible de l'art. 913 ou les disponibles des art. 1094 et 1098. D'ailleurs il est contradictoire que Secunda oppose à Prima sa qualité d'époux de Primus, afin de restreindre sa donation au disponible de l'art. 1094 et lui enlever le bénéfice de l'art. 913, et d'autre part lui dénie cette qualité et la considère comme étrangère, afin de réclamer pour lui-même le bénéfice de ce même article 913.

TROISIÈME PARTIE

Des donations indirectes entre époux

La loi, dans l'art. 1099, a prévu le cas où les époux, avec ou sans intention frauduleuse, se sont fait des libéralités par des moyens détournés.

Aux termes de cet article « les époux ne pourront se
« donner indirectement, au-delà de ce qui leur est permis
« par les dispositions ci-dessus. Toute donation, ou dé-
« guisée, ou faite par des personnes interposées, sera
« nulle ».

La loi distingue ici dans 2 phrases séparées : 1^o la donation *indirecte*, qui est faite par des moyens détournés, mais au grand jour et sans aucune pensée de fraude ; 2^o la donation *dissimulée*, soit que la dissimulation réside en un *déguisement* dans un contrat onéreux, soit qu'elle consiste à adresser la libéralité à un étranger, *donataire apparent*, qui la restituera ensuite à l'époux donataire véritable.

Distinguons ces 2 cas.

CHAPITRE PREMIER

De la donation indirecte proprement dite

La donation indirecte consiste à employer des moyens détournés pour gratifier une personne. Je n'entends pas la caractériser par ce fait qu'on ne s'est pas servi d'un notaire pour la réaliser. Le don manuel, la remise de dette, sont des libéralités qui n'exigent pas l'intervention d'un notaire, et qui n'en sont pas moins de véritables libéralités directes. Nous dirions la même chose de la stipulation pour autrui faite à titre gratuit, c'est-à-dire sans rien recevoir d'autrui en échange, dans les cas où une telle stipulation est valable, et il en est ainsi, aux termes de l'article 1121, quand telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. A l'inverse, un acte notarié peut ne constituer qu'une donation indirecte. par exemple, si je vous vends ma maison par acte notarié à un prix bien inférieur à la valeur réelle, afin de vous enrichir de la différence.

Nous citerons, comme exemples de donations indirectes, outre celui qui précède, le fait d'un cohéritier ou d'un colégataire qui renonce à la succession ou au legs, afin de procurer sa part, par voie d'accroissement, à ceux qui ont vocation à la même chose que lui. Ou encore, Primus laisse la prescription éteindre une servitude qu'il

a sur le fonds de Secundus ou en créer une au profit de Secundus sur le sien.

Dans ces divers cas, l'acte direct n'est pas une libéralité ; ce n'est pas donner que vendre, renoncer à une succession, s'abstenir d'exercer son droit et le laisser périr ou diminuer par la prescription. Mais le résultat final est une libéralité, car il y a appauvrissement volontaire d'une personne en vue d'en enrichir une autre.

Il est clair qu'on ne saurait faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement. Donc on ne peut gratifier indirectement son conjoint au-delà du disponible que nous avons indiqué. Si on excède cette quotité, il y aura lieu à réduction, conformément aux règles que nous verrons par la suite, et qui d'ailleurs s'appliqueront de la même façon aux libéralités directes (Aubry et Rau, IV p. 351 et les autorités qu'il cite).

La vente à vil prix paraît au premier abord devoir être une source importante de donations indirectes entre époux. Il n'en est rien quand on se rappelle que la vente est en principe prohibée entre époux. Cette prohibition a même précisément pour objet d'empêcher de telles donations. Néanmoins, la question se posera, même dans le cas du contrat de vente, dans les hypothèses exceptionnelles où la vente entre époux est permise par la loi (C. civ. art. 1595). Nous dirons alors que si la vente contient une libéralité, on la traitera comme donation indirecte dans la mesure de l'enrichissement réalisé par l'époux acheteur, et on lui appliquera, s'il y a lieu, la réduction. Telle est d'ailleurs la solution formelle de l'art. 1595 *in fine*.

D'autre part, on ne saurait considérer comme des donations même indirectes, les avantages désignés sous le nom de cadeaux ou présents d'usage. L'art. 852 dispense ces avantages du rapport ; il y a évidemment même motif de les dispenser de la réduction.

Comme un acte doit en principe être pris pour ce qu'il paraît être, si quelqu'un prétend que tel acte intervenu entre époux, par exemple, une renonciation faite par un époux à une succession ou à un legs auquel il était appelé concurremment avec son conjoint, constitue au fond une donation indirecte, sujette à réduction comme excédant le disponible de l'art. 1094 ou de l'art. 1098, il doit fournir la preuve de cette allégation. C'est l'application du droit commun : « *Actor incumbit probatio* ».

Or, comme l'intention libérale forme l'essence même de la donation, il faut que le demandeur prouve, et ce n'est pas le moins difficile de sa tâche, que l'acte invoqué a été fait par l'un des époux *dans un esprit de libéralité* pour l'autre. Prenons l'exemple proposé par Pothier (Des donations entre mari et femme, n° 88). Un homme qui a pour héritière *ab intestat* Prima, épouse de Primus, fait un legs à ce dernier. Primus renonce, ce qui permet à Prima de recueillir la totalité de la succession. Cette renonciation constitue-t-elle une libéralité indirecte ? Comme Pothier, nous répondons qu'il faut distinguer :

Si le but du mari a été de faire acquérir à sa femme la portion de biens qui lui revenait en vertu du legs, il y a donation indirecte.

Il en sera autrement si le mari a agi non pas pour

favoriser sa femme, mais par ce sentiment de générosité qu'éprouvent certaines personnes très-déliçates qui, gratifiées par leurs amis, préfèrent laisser aller les choses selon leur cours naturel, que s'enrichir aux dépens d'une famille étrangère.

L'application la plus fréquente des donations indirectes entre époux résulte de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, par exemple, du régime de communauté légale qui fait acquérir par l'un des époux la moitié de tous les biens meubles qui appartiennent à l'autre. Mais, aux yeux du législateur, le caractère onéreux de ces dispositions l'emporte, et il n'y a pas là une véritable donation même indirecte. Dès lors, quelle que soit l'importance des avantages ainsi réalisés en fait par l'un des époux, il n'y a pas lieu à réduction. Il y a toutefois exception dans le cas de secondes noces, aux termes des articles 1496 et 1527. On recherche alors les avantages réalisés en fait, à raison des conventions matrimoniales, par le nouveau conjoint, afin de lui appliquer l'art. 1098. Il y a même ici une rigueur particulière vis-à-vis du second conjoint bénéficiaire de ces avantages ; c'est que les réservataires n'ont pas besoin de prouver l'intention libérale de leur auteur ; il suffit qu'en fait il y ait enrichissement pour l'un des conjoints correspondant à l'appauvrissement du veuf remarié.

CHAPITRE II

Des donations dissimulées, soit par déguisement en des contrats onéreux, soit par interposition de personnes.

Ce qui caractérise les donations dont nous allons parler, c'est l'emploi d'une fraude pour masquer la libéralité. Cette fraude consiste souvent dans l'accomplissement fictif d'un contrat onéreux. Par exemple, je vous vends mon immeuble moyennant 100, et je vous donne quittance du prix, bien qu'en réalité vous ne me l'ayez pas payé, ou je me reconnais votre débiteur à raison d'un prêt d'une certaine somme qu'en réalité vous ne m'avez jamais versée.

La fraude pourra consister aussi dans l'interposition de personnes. Primus, au lieu de gratifier sa femme Prima, adresse sa libéralité à un tiers, Secundus, chargé de remettre le bien donné à Prima.

Nous passerons en revue les points suivants :

Section 1. — La donation dissimulée, soit par déguisement, soit par interposition est-elle nulle ou simplement réductible ?

Section 2. — Quelle est la portée d'application de l'art. 1099.

Section 3. — Qui peut invoquer la nullité des donations dissimulées ?

Section 4. — Qui doit prouver la simulation ?

Section 5. — Dans quels cas la loi présume-t-elle l'interposition de personnes, et quelle est la force de cette présomption ?

SECTION I

La donation dissimulée, soit par déguisement sous la forme d'un contrat onéreux, soit par une interposition de personnes, est-elle nulle pour le tout, par cela seul qu'elle est déguisée ?

Est-elle au contraire valable en principe, et simplement réductible dans la mesure où elle excède la quotité disponible ?

C'est là une question célèbre qui a donné lieu à plusieurs systèmes ; nous n'en retiendrons que les quatre principaux.

D'après le 1^{er} système, le principe contenu dans la première phrase de l'art. 1099 est qu'on ne peut pas faire indirectement plus que directement ; si donc une libéralité indirecte excède le disponible, il y aura lieu à réduction. Quant à la seconde phrase du même article, elle n'est qu'une application de la première ; les donations dégui-

sées sous la forme d'un contrat onéreux, ou adressées à des personnes interposées ne sont en effet autre chose que des libéralités indirectes : dès lors, si elles dépassent le disponible, elles seront nulles pour l'excédant ; au cas contraire elles seront valables pour le tout. Telle est la solution admise aujourd'hui avec une inébranlable fermeté par la jurisprudence, et auquel se sont rattachés plusieurs auteurs considérables (Lyon, 18 nov. 1862, S. 63. 2. 51 ; Grenoble, 21 mars 1878. S. 70. 2. 240. Dans le même sens, MM. Aubry et Rau 4^e édition, VII § 659 texte et note 24 ; Bugnet sur Pothier, VII, n^{os} 78-81).

Dans un 2^e système, il n'y a pas à se demander si en fait la quotité disponible a ou non été dépassée. Il faut rechercher simplement si le donateur a eu ou non l'*intention* de dépasser le disponible.

Si oui, la donation est nulle pour le tout.

Mais si cette intention coupable n'existe pas, la donation est simplement réductible (Caen, 30 avril 1853, S. 53. 2. 699 ; Aubry et Rau, 3^e édition, V, p. 624-625).

Nous repoussons cette opinion comme arbitraire ; elle fait une distinction qui n'est pas dans la loi, et qui donnerait lieu à des recherches d'intention presque impossibles.

Dans une troisième théorie, il n'y a pas à se préoccuper de la question d'intention. Il suffit de voir si en fait la libéralité est inférieure ou supérieure au disponible. Dans le 1^{er} cas, la donation est valable pour le tout ; dans le 2^e elle est nulle également pour le tout, et non pas seulement réductible (Cass., 7 fév. 1849, S. 49, 1, 165 ; Bor-

deaux, 16 février 1874, S. 74, 2, 206 ; Troplong, IV, n° 2744).

Nous ferons à cette solution la même critique qu'à la précédente. La distinction qu'elle exprime n'est pas dans la loi.

D'ailleurs, comment comprendre en raison que la validité ou la nullité totale de la libéralité dépende de ce que le disponible a été ou non dépassé ? Le patrimoine du donateur a pu varier ; pourquoi sa libéralité, qui n'excédait pas le disponible au moment où elle a été faite, deviendrait-elle nulle parce qu'une diminution postérieure du patrimoine rendrait par la suite le disponible inférieur de quelques francs à cette libéralité ?

Le quatrième système, auquel nous déclarons nous rallier, prend en quelque sorte le contrepied du premier, celui de la jurisprudence actuelle. Celle-ci déclare valables dans tous les cas, et simplement réductibles, les libéralités par déguisement ou interposition ; elle ne les sépare pas des donations indirectes ordinaires visées par la première phrase de l'art. 1099.

Nous traçons, au contraire, une ligne de séparation absolue entre les deux phrases de l'art. 1099. La première déclare valables et simplement réductibles les donations indirectes. La seconde décide qu'au contraire les donations dissimulées par déguisement ou interposition sont nulles dans tous les cas à raison de la fraude employée. Cette interprétation nous paraît très-raisonnable. Il est logique de ne pas traiter les donations dissimulées comme les donations indirectes ordinaires. Celles-ci se font au grand

jour et ne supposent aucune pensée de fraude : il n'y a pas de raison de leur appliquer des mesures de rigueur. Les premières, au contraire, sont inspirées par la pensée d'é luder la loi ; il y a une fraude qu'il importe de réprimer, et le moyen le plus efficace était de prononcer une nullité complète, même pour la partie disponible (Agen, 5 décembre 1849, D. 50, 2, 7).

Nous avons écarté le 2° et le 3° systèmes. La discussion se concentre donc maintenant entre celui de la jurisprudence et celui auquel nous avons accordé notre préférence. Il nous faut repousser la théorie de la jurisprudence, et fournir les motifs sur lesquels nous appuyons la nôtre.

J'invoque tout d'abord contre la jurisprudence le texte même de l'art. 1099 : « Toute donation, ou déguisée, ou faite par personne interposée, sera nulle ». La loi ne dit pas : « mais seulement pour ce qui excède le disponible ». N'est-il pas arbitraire dès lors d'ajouter ces mots qui changent complètement la portée de l'article ? Quand la loi dit « nulle », l'interprète n'a pas le droit d'entendre « réductible ». Procéder de cette façon, ce n'est pas interpréter la loi, c'est la faire, et la faire précisément en sens contraire de la volonté nettement exprimée par le législateur.

D'ailleurs, avec l'opinion de la jurisprudence, la 2° phrase de l'article serait absolument inutile ; elle n'ajouterait rien à la première ; le législateur aurait dit deux fois successivement la même chose en deux propositions. Une telle interprétation est bien peu vraisemblable.

Nous préférons prendre le texte comme il est écrit,

et dire que la disposition prévue dans la 2^e phrase de l'art. 1099 est nulle au sens propre du mot, c'est-à-dire nulle pour le tout, et non pas seulement réductible. C'est un principe général d'interprétation des lois comme des conventions, que lorsqu'un texte est susceptible de deux sens dont l'un est utile et l'autre inutile, il faut préférer le sens qui donne quelque effet à la disposition à celui avec lequel elle n'en produirait aucun.

Mais, dit la jurisprudence, le principe d'interprétation que nous venons de rappeler, cesse lorsque le sens de la disposition est certain. Or, aux yeux du législateur, les donations déguisées ne sont autre chose que des donations indirectes, et la 2^e phrase de l'art. 1099 est purement explicative de la première.

Je reconnais que la donation par déguisement ou interposition est une espèce de donation indirecte, mais les espèces d'un même genre sont-elles traitées de même ? ne contiennent-elles pas un caractère de plus que le genre ? Evidemment oui, et c'est même pour cela qu'on les envisage comme espèces distinctes : autrement on les laisserait dans le genre. Or l'intérêt qu'il y a à faire une catégorie spéciale de ces sortes de donations indirectes, résulte précisément de la décision donnée à leur égard pour la 2^e phrase de l'art. 1099, à savoir qu'elles sont *nulles*, tandis que les donations indirectes ordinaires ne sont que *réductibles*. Au reste, ce n'est pas seulement dans l'art. 1099 que nous voyons les donations par déguisement ou interposition distinguées des donations indirectes ordinaires ; on retrouve la même distinction dans les art. 847 et 849.

Passons maintenant en revue les arguments donnés en sens contraire par la jurisprudence. Elle invoque d'abord la tradition. Nos anciens auteurs, pas plus que le droit romain, n'ont jamais distingué les donations déguisées ou par interposition de personnes des donations indirectes ordinaires. Il est arbitraire d'introduire dans notre législation une innovation que rien ne révèle dans les travaux préparatoires.

Je réponds que nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur le point qui nous occupe. Roussilhe, dans son traité de la dot, II, n° 539, incline pour la nullité absolue des donations dissimulées. Donc, notre ancien droit ne nous fournit pas d'éléments positifs de décision. Il en est de même du droit romain qui n'a même pas prévu la question, puisque toutes les donations entre époux étaient totalement nulles, sans qu'il y ait à distinguer les donations directes, indirectes ou dissimulées.

Il résulte de cela que c'est dans le code civil lui-même et non dans les précédents historiques qu'il faut chercher la solution de notre question.

La jurisprudence tire un argument par analogie de l'art. 918. Ce texte prévoit un cas de donation déguisée. Il s'agit d'une vente à fonds perdus, c'est-à-dire moyennant le paiement par l'acheteur d'une rente viagère. La loi présume que lorsque l'acheteur est le descendant du vendeur, la vente n'est pas sérieuse, et constitue le déguisement d'une donation. Or le législateur ne prononce pas la nullité complète, mais simplement la réduction à la quotité disponible. Il en doit être de même dans tous les cas

de donation dissimulée, sous peine de rompre l'harmonie de la loi.

Je réponds que si le législateur a pris une telle décision dans le cas particulier de l'art. 918, c'est que le droit commun entraînait la solution contraire. Avec l'opinion de la jurisprudence, l'art. 918 deviendrait inutile : c'est en un mot *a contrario* et non *a pari* qu'il faut argumenter de ce texte. D'ailleurs, on conçoit fort bien en raison qu'on ne doive pas étendre à la disposition entre époux la décision de l'art. 918. Il s'agit dans cet article d'une donation qui est irrévocable, conformément au droit commun (art. 943), tandis que la donation entre époux est essentiellement révocable. Le déguisement est donc, dans ce dernier cas, beaucoup plus à redouter et doit être dès lors plus rigoureusement réprimé, puisqu'il a pour objet d'éviter non seulement la réduction, mais aussi la révocation.

La jurisprudence tire encore argument du rapprochement de l'art. 911 avec notre art. 1099. De même, dit-on, que l'art. 1099 vise le cas d'une donation excédant le disponible, l'art. 911 suppose qu'on gratifie une personne incapable de recevoir en tout ou en partie. Eh bien, ces deux textes sont conçus presque dans les mêmes termes et prononcent la nullité de la donation déguisée ou faite par interposition. Or, ajoute la jurisprudence, le mot « nulle » de l'art. 911 ne s'applique qu'à la portion de la libéralité qui excède la capacité de recevoir du donataire. Ainsi lorsqu'une personne donne à son enfant naturel au-delà de ce qu'il peut recevoir en vertu des art. 908 et 757 combinés, la donation n'est pas nulle pour le tout, mais seule-

ment pour la partie qui excède la capacité de recevoir de l'enfant naturel. N'y a-t-il pas lieu de décider de même, dans le cas de l'art. 1099, que la nullité ne s'applique qu'à ce qui excède la quotité du disponible ?

Nous repoussons cette analogie. L'enfant naturel, dans le cas de l'art. 911, n'est incapable que pour partie ; dans une certaine mesure il est *capable*. Or, pourquoi annuler une donation faite à une personne capable ? La nullité de l'art 911 est la sanction d'une incapacité ; elle ne s'applique que là où il y a incapacité. Au contraire, la qualité d'époux n'est pas susceptible de plus et de moins ; on ne saurait dire que l'époux est capable pour partie, incapable pour le reste ; il est parfaitement et complètement capable ; il ne s'agit pas ici d'une question d'incapacité ; mais de disponible. C'est ainsi qu'on peut concilier, pour répondre à l'objection de la jurisprudence, l'interprétation qui considère la nullité de l'art. 911 comme pouvant, dans certains cas, n'être que partielle, et celle qui considère la nullité de l'article 1099 comme toujours totale.

Mais il y a une autre façon, moins subtile et plus naturelle, à notre avis, d'échapper à cette objection : c'est d'entendre les art. 911 et 1099 absolument de la même manière, c'est-à-dire de considérer la nullité comme totale dans les deux cas. Mais quoi, nous dira-t-on, vous allez annuler pour le tout une donation faite par un père à son enfant naturel, même pour la partie qui n'excède pas sa capacité de recevoir ? Je réponds que ce cas est en dehors des prévisions de l'art. 911. Il s'agit, dans ce texte, des personnes qui sont complètement et non pas seule-

ment pour partie incapable de recevoir, par exemple, les personnes non conçues (art. 906), les tuteurs (art. 907), les médecins et ministres du culte (art. 909), les personnes morales qui n'ont pas été autorisées à accepter par l'autorité administrative compétente (art. 910). Telles sont les dispositions que l'art. 910 frappe de nullité.

Tel étant le sens de l'art. 911, sens très-naturel et très-vraisemblable, puisqu'il prend à la lettre le mot « nullité » ce texte cesse de fournir un argument à la jurisprudence, et se retourne au contraire contre elle : puisque le mot « nul » dans l'art. 911 signifie que la disposition ne peut avoir aucun effet, pas même pour partie, il serait bizarre que le même terme doive être entendu dans le sens de « réductible » dans l'art. 1099.

SECTION II

Quelle est la portée d'application de l'art. 1099 ?

On a soutenu que l'art. 1099 visait uniquement l'art. 1098, qu'il suit immédiatement, et dont il se présente comme le corollaire, et non pas l'art. 1094, dont la sanction doit rester soumise au droit commun (Colmet de Santerre, IV, n° 279 bis ; Cass., 23 mai 1882. S., 83. 1. 472).

A l'appui de cette opinion on invoque : 1° la place même de l'art. 1099, qui apparaît comme le complément de l'art. 1098 ; 2° la rigueur excessive de la deuxième pro-

position de cet article, aux termes de laquelle la libéralité déguisée ou par interposition est nulle pour le tout, et non simplement réductible à la quotité disponible. Cette rigueur s'accorde assez avec la protection exceptionnelle accordée aux enfants du 1^{er} lit du donateur, mais ne s'expliquerait pas dans le cas de l'art. 1094. En effet, s'agit-il du 1^{er} alinéa de cet article, celui où les héritiers réservataires sont des ascendants du conjoint donateur ? On sait que le législateur traite alors le conjoint donataire plus favorablement que l'ascendant, lequel est réduit à une nue propriété dérisoire. S'agit-il du 2^e alinéa, celui où les réservataires sont des enfants du donateur et en même temps de l'époux donataire ? Ils sont protégés par le fait même que le donataire est le propre père (ou mère), et il n'y a pas besoin de prendre à leur profit des mesures exceptionnelles de rigueur contre le donataire. Donc, conclut-on, la place respective des textes concorde avec l'esprit général de la loi pour limiter l'application de l'art. 1099 au cas de l'art. 1098.

Avec la majorité des auteurs (Aubry et Rau, VII § 689 note 11 ; Demolombe, Donations VI, n° 607 ; Marcadé, art. 1099 n° 111), nous dirons au contraire que l'art. 1099 sanctionne l'art. 1094 aussi bien que l'art 1098. Quant à l'esprit de la loi, nous remarquons que l'emploi de la simulation pour rendre illusoire le droit des réservataires, est à craindre pour les enfants communs, quoique assurément dans une moindre mesure que pour les enfants du premier lit. Le texte n'est pas moins décisif. Il débute ainsi : « Les époux ne pourront, etc. » Il n'y a pas de distinction, selon que le donateur a, ou non, des enfants d'un premier lit.

De même, l'art. 1100, qui établit des présomptions d'interposition de personnes, vise les donations faites par « l'un des époux », sans distinguer s'il a, ou non, des enfants d'un mariage antérieur.

SECTION III

Qui peut invoquer la nullité des donations dissimulées ?

Il faut reconnaître évidemment ce droit aux héritiers réservataires, en faveur desquels ont été édictés les art. 1094 et 1098. Mais nous le refusons au donateur et à ses créanciers. La nullité est en effet établie en faveur des réservataires ; donc il n'y a qu'eux qui puissent s'en prévaloir. Cette action en nullité est en quelque sorte l'action en réduction elle-même, étendue à la totalité de la disposition. Par application de cette idée, nous admettons qu'elle se prescrit par 30 ans et non par 10 ans. En effet, la prescription de 10 ans établie par l'art. 1304, vise les nullités fondées sur un vice du consentement, et repose sur une ratification tacite de celui dont le consentement a été vicié. Tel n'est, évidemment, pas le caractère de la nullité édictée par l'art. 1099.

SECTION IV

A qui incombe la preuve de la simulation ?

Il n'y a qu'à appliquer le droit commun, à savoir que c'est le demandeur qui doit prouver. Cette solution est d'ailleurs parfaitement conforme à la règle que la fraude ne se présume pas. C'est donc le réservataire, demandeur en nullité, qui devra prouver l'acte onéreux fait avec l'époux, ou la donation faite à un tiers, n'est pas sincère, et qu'en réalité dans le premier cas l'acte est gratuit, l'époux acquéreur d'un droit n'ayant rien donné en échange à l'aliénateur, ou que, dans le second cas, le tiers donataire n'a figuré dans la donation que pour la forme, et qu'il est chargé de restituer les biens donnés au conjoint du donateur. Au reste, le demandeur fera la preuve par tous les moyens possibles, même par témoins ou par présomptions, puisqu'il s'agit de prouver la fraude (art. 1348, 1° et 1153).

SECTION V

Dans quels cas la loi présume-t-elle l'interposition de personnes, et quelle est la force de cette présomption ?

Le législateur a facilité la preuve de l'interposition de personnes, en établissant des présomptions lorsque le

donataire est le proche parent du conjoint du donateur.

Précisons ces présomptions.

Voici comment s'exprime, à cet égard, l'art. 1100 :
« seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait survécu à son parent donataire. »

Supposons un mariage entre Primus et Secunda. Les enfants que Secunda aura eus d'un précédent mariage, doivent être considérés, s'ils sont gratifiés par Primus, non comme les donataires véritables, mais comme des personnes interposées chargées de faire parvenir la libéralité à Secunda.

La présomption ne s'applique pas aux enfants communs. Cela résulte nettement des expressions « issus d'un autre mariage ». D'ailleurs, le motif de la présomption cesse. L'affection du disposant pour son propre enfant explique la libéralité tout aussi bien et même mieux que l'idée d'interposition. Quand un père donne une valeur à son enfant, c'est afin qu'il la garde et s'en serve pour son propre bien être, et non pour qu'il en rende compte et la restitue à sa mère. La tradition est en ce sens (Lebrun, successions, liv. 2, chap. 6, sect. 1, dist. 2).

Mais, à l'inverse, la présomption s'applique aux enfants naturels ou adoptifs comme aux enfants légitimes.

De plus l'expression « enfants » est générale, et comprend les descendants au second ou au troisième degré

comme les enfants du premier degré : on tirerait argument en ce sens, des art. 911 et 914.

La présomption s'applique encore à tout parent, Tertius par exemple, dont Secunda était héritière présomptive au jour de la donation, quand même Secunda serait prédécédée à ce parent.

Cette condition n'était pas exigée dans notre ancien droit. A cet égard, notre loi se montre plus favorable à l'époux. Si Primus a gratifié Tertius, le grand-père paternel de Secunda, le père de celle-ci, Quartus, vivant encore au jour de la donation, il n'y aurait pas présomption légale d'interposition de personnes. Je ne dis pas pour cela que la donation serait valable ; faute de pouvoir prouver l'interposition à l'aide d'une présomption légale, les héritiers réservataires de Primus seraient admis à la prouver par tous les moyens possibles, par exemple, par témoins et par présomptions de l'homme.

L'expression « parents » est générale, et comprend tous les parents au degré successible, aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe. Notre texte est donc plus rigoureux sur ce point que l'Edit des secondes noces de 1560, qui, en dehors des enfants de Secunda, ne considérerait comme personnes interposées que ses père et mère, auxquels d'ailleurs les interprètes assimilaient les ascendants, par analogie du droit romain (Pothier, contrat de mariage, n° 539 ; Lois 51 et 201. D. 50, 16).

S'il faut que Secunda soit héritière présomptive du donataire apparent au jour de la donation, il n'est pas nécessaire qu'elle lui succède effectivement. Ainsi, la

donation demeure nulle, alors même que Secunda serait prédécédée au donataire, ou que, lui ayant survécu, elle aurait renoncé à sa succession ou en serait exclue comme indigne.

A l'inverse, la présomption ne s'appliquerait pas, si Prima n'était pas l'héritière présomptive du donataire au jour de la donation, quand bien même en fait, elle se trouverait, au jour de sa mort, par suite du prédécès des parents plus rapprochés, en rang utile pour lui succéder.

On comprend d'ailleurs très-bien que le législateur ait considéré, pour apprécier les droits successoraux du conjoint par rapport au donataire, non pas le moment de la mort du donataire, mais celui de la donation. En effet, ce qu'on recherche, c'est l'intention du donateur. Or il n'a pu lui venir à l'esprit de placer les biens qu'il voulait donner à sa femme, dans le patrimoine d'un parent de celle-ci, que si elle était son héritière présomptive au moment de la disposition. Quand la femme n'avait pas cette qualité à cette époque, le donateur ne pouvait prévoir les événements qui l'ont effectivement placée au rang utile pour succéder au gratifié, par suite de la disposition des parents intermédiaires.

Mais, que décider, s'il s'agit, non plus d'une donation entre-vifs, mais d'un legs ? Certains auteurs ont dit qu'il fallait alors considérer la mort du disposant, parce que les legs ne sont définitifs et ne produisent leur effet qu'à cette époque (Coin-Delisle, art. 110, n° 9). Nous repoussons cette opinion comme contraire au texte et à l'esprit de la loi. A son texte, car le mot « donation » est général,

et comprend aussi bien la donation testamentaire que la donation entre-vifs (art. 711). Ensuite, à son esprit : en effet, il s'agit de punir la fraude du donateur ; or, l'intention frauduleuse ne saurait être recherchée à un autre moment que celui de la donation.

Les présomptions d'interposition établies par l'art. 1100 ne sauraient évidemment s'appliquer quand la nature même de la disposition y est contraire. Par exemple, Primus fait donation à un enfant du premier lit de sa femme Secunda, ou à une personne dont Secunda est l'héritière présomptive, d'une rente viagère, mais avec cette condition que cette rente ne s'ouvrira qu'à la mort de Secunda. Il est clair qu'une telle disposition n'est pas destinée à profiter à Secunda, et qu'elle exclut toute idée d'interposition. C'est ce qui a été décidé par la Cour de Caen, le 13 novembre 1847 (S. 48. 2. 677. Voyez, dans le même sens, Lyon, 14 mai 1880. S., 81, 2. 38).

Passons à la seconde branche de notre section, et recherchons la force des présomptions d'interposition que nous venons de voir. Nous pensons qu'elles ne peuvent pas être combattues par la preuve contraire. Ainsi le donataire qui rentre dans l'énumération de l'art. 1100, n'est pas admis à prouver que c'est bien à lui-même que s'adresse la libéralité, et qu'il n'est nullement chargé de la remettre au conjoint du donateur. La présomption est absolue, *juris et de jure*. Ce n'est là, d'ailleurs, que l'application du droit commun, en ce qui touche les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule un acte (art. 1352) ; or, nous savons qu'aux termes de l'art. 1099, la

donation entre époux, par personne interposée, est nulle. Le donataire apparent aurait toutefois la ressource suprême de l'aveu et du serment (art. 1352 *in fine*), c'est-à-dire qu'il pourrait faire interroger les héritiers du donateur, ou leur déférer le serment sur le point de savoir si leur auteur n'a pas entendu le gratifier personnellement. En ce qui concerne le serment, il ne pourra s'agir que du serment de crédibilité, puisque le fait en question n'est pas personnel auxdits héritiers (art. 1359).

QUATRIÈME PARTIE

De la réduction des libéralités entre époux

On sait que de droit commun les libéralités qui excèdent le disponible ne sont pas nulles, mais simplement réductibles à la juste limite. Ce principe est encore applicable en notre matière.

De même, c'est le droit commun contenu dans les art. 920 à 930 du code civil, qu'on appliquera sur les diverses questions relatives à la réduction, à savoir quelles personnes peuvent l'exercer, quels sont la nature, la durée et les effets de l'action en réduction.

Nous distinguerons deux cas, selon que le disposant s'est borné à faire une donation à son conjoint, ou qu'au contraire il a également fait une donation à un étranger.

CHAPITRE PREMIER

Du cas ou le donateur n'a disposé qu'au profit de son conjoint

Nous examinerons 3 questions :

a) Qu'arrive-t-il lorsque la libéralité faite à l'époux n'a pas pour objet tous les biens où une quote-part de tous les biens pris en masse ?

b) Comment a lieu la réduction dans le cas particulier de l'art. 1098 ?

c) Faut-il, pour le calcul disponible entre époux, réunir à la masse les biens que le disposant aurait donnés à un enfant en avancement d'hoirie ?

1^{re} question. — Primus, qui a des enfants communs, lègue à sa femme Prima, en propriété ou en usufruit, non pas telle fraction déterminée de son patrimoine, mais la propriété de ses meubles et l'usufruit de ses immeubles, ou réciproquement. Cette disposition est évidemment excessive, puisqu'elle comprend l'usufruit de tous les biens, et la nue-propriété d'une partie des mêmes biens. Mais comment pourra-t-on réduire une semblable disposition pour se conformer le mieux possible à l'intention du disposant ?

La question se posa devant la Cour de Caen dans l'es-pèce suivante : Primus avait légué à Prima la propriété

de ses meubles et l'usufruit de ses immeubles. En fait la propriété des meubles représentait le huitième du patrimoine.

Voici comment la Cour a résolu la question par arrêt du 14 mars 1862 (S. 62. 2. 361 ; Voy. aussi Cass. 28 mai 1862, S., 62. 1. 881). La disposition relative aux meubles doit être exécutée intégralement, puisque le testateur aurait pu léguer le quart en propriété, et que dans l'espèce il n'a disposé que du huitième. Quant à l'usufruit des immeubles, il sera réduit aux $\frac{3}{8}$, savoir $\frac{2}{8}$ ou $\frac{1}{4}$ que le disposant avait le droit de donner en usufruit, quand même il aurait disposé en propriété du quart au lieu du huitième, et $\frac{1}{8}$ représentant l'excédant du disponible en propriété que le défunt aurait pu donner. On respecte ainsi d'une part, la règle de l'art. 922, d'après laquelle le disponible doit être calculé sur l'ensemble des biens réunis en une seule masse ; d'autre part, l'intention probable du disposant, qui était de donner la plus forte quotité possible, et enfin, l'art. 1094 qui, en laissant au disposant dans l'espèce la faculté de donner le huitième en propriété, lui permet à plus forte raison de le donner en usufruit.

Une autre solution donnée par le tribunal de Vire (jugement du 11 mai 1861. S. 62. 2. 362), consiste à réunir tous les biens en une seule masse, et attribue au donataire le disponible maximum de l'art. 1094, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit.

Cette solution a certainement le mérite de la simplicité ; mais elle a le tort irréparable de ne tenir aucun

compte de la volonté du disposant, en ce qui touche l'espèce de biens sur lesquels doit porter soit la propriété, soit l'usufruit. C'est en somme une extension à notre hypothèse de l'art. 917. Pour se tirer d'embarras on abandonne le disponible au donataire. Or, nous avons démontré que cet art. 917 contient une décision exceptionnelle qui ne doit pas être étendue en dehors du cas qu'il prévoit.

Trois autres systèmes ont été proposés dans cette même espèce.

D'après M. Bertauld (*Revue pratique de droit français* 1862, XIII, p. 88 et suiv.) il faut distinguer les meubles et les immeubles. Quant aux meubles, on en attribuera au donataire $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit. En effet, le disposant a voulu donner à leur égard le maximum de disponible en propriété : or la quotité que nous indiquons constitue précisément le maximum autorisé par l'art. 1094, quand on veut disposer en propriété.

Quant aux immeubles, on en attribuera la moitié en usufruit, c'est encore le maximum autorisé par le même article quand on veut disposer en usufruit.

Nous faisons à ce système deux critiques :

1° Il n'est pas exact de dire qu'il donne à la volonté du disposant tout son effet possible. En effet, il ne procure au donataire que le quart des meubles en propriété, et le quart en usufruit. Or, il n'y a pourtant aucune impossibi-

lité à lui donner la totalité du mobilier en propriété, conformément à la volonté du donateur.

2° Il fait deux masses dans le patrimoine et applique une réduction différente pour chaque masse : ce procédé n'est certes pas déraisonnable dans l'espèce ; mais le législateur seul pouvait l'autoriser. Or il a suivi un système contraire dans l'art. 922, en ordonnant que la réduction porte sur une seule et même masse, et s'opère suivant un même mode, quelle que soit la nature des biens.

Enfin, un dernier système, soutenu par l'avocat général Farjas, consiste à maintenir la disposition en propriété relative aux meubles, du moment que le quart de la succession n'est pas atteint. Mais on limite ensuite la disposition en usufruit au quart des immeubles.

Nous reprochons à ce système de ne pas donner un effet suffisant aux volontés du disposant ; il restreint arbitrairement la portée de la disposition. Sans doute l'art. 1094 ne permet pas de disposer de plus du quart des biens en usufruit, et du quart en propriété. Mais dans l'espèce, le quart en propriété n'a pas été donné ; donc il y a lieu d'étendre le disponible en usufruit. D'autre part, le quart en usufruit dont l'art. 1094 admet la disposition, ne porte pas sur les immeubles, mais sur la totalité du patrimoine.

En résumé, nous préférons nous en tenir au premier système, celui de la Cour de Caen, qui nous paraît plus conforme à la fois à la loi et à la volonté probable du disposant.

2^e Question. Comment a lieu la réduction dans le cas particulier de l'art. 1098 ?

Nous supposons que le donateur a dépassé le disponible spécial de l'art. 1098. Les enfants du 1^{er} lit peuvent agir en retranchement (art. 1496) ; mais il faut pour cela, ainsi que nous l'avons vu, qu'ils acceptent la succession de leur auteur.

Ici, deux points sont à examiner : 1^o Les enfants du second lit profitent-ils du retranchement obtenu par les enfants du premier ? 2^o A supposer que les enfants du 1^{er} lit renoncent à leur action ou négligent de l'exercer, les enfants du second lit pourront-ils l'intenter ?

1^{er} point. Les enfants du second lit profiteront-ils du retranchement opéré à la demande des enfants du premier ? L'affirmative nous paraît certaine. Il en était autrement d'après la novelle 22 chap. 7 qui abrogea sur ce point la loi 9 du Code de sec. nupt. : d'après cette novelle, les enfants du 1^{er} lit profitaient seuls de la réduction, à l'exclusion des enfants communs, et telle fut la solution suivie dans nos anciens pays de droit écrit. Mais les pays de Coutumes se conformaient à la loi 9 ; on considérait que les biens enlevés au second mari donataire, rentraient dans la succession de la donatrice, pour y être recueillis par les enfants de cette dernière avec une parfaite égalité de droits (Pothier, contrat de mariage, n^o 567). On retrouve la même solution dans l'art. 745 de notre code civil : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ou de primogéniture, et encore qu'ils soient issus

de différents mariages » (En ce sens, Bordeaux, 6 août 1853, S. 55, 2, 753).

2^e point. Les enfants du second lit peuvent-ils intenter l'action en réduction lorsque les enfants du premier y renoncent ou négligent de l'exercer ? La solution que nous avons admise pour la question précédente, emporte logiquement la réponse affirmative pour celle-ci. Du moment que les enfants du second lit sont appelés à bénéficier de la réduction, ils doivent avoir le droit de la demander. Quiconque, en effet, a un intérêt légitime, doit avoir une action pour le faire valoir. Sous une autre forme, nous dirons que l'action en réduction est une valeur de la succession de l'époux donateur : peut-être même compose-t-elle à elle seule toute cette succession. Dès lors, il est clair que les personnes appelées à la recueillir, ont le droit d'exercer l'action qui en forme un élément important, et peut-être l'élément unique. Décider autrement, ce serait mettre les droits des enfants communs à la discrétion des enfants du 1^{er} lit.

Qu'on n'objecte pas les art. 921 et 1496. Tout ce qui en résulte, c'est que l'action en réduction ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit, ce qui implique l'existence de ces enfants à la mort du donateur. Mais, une fois ouverte, l'action peut être exercée par tous les enfants, même ceux du second lit (Comp. dans le même sens : L. 3, § 11, D. 37, 4 ; Caen, 3 août 1872, et cass., 1^{er} juillet 1873, S. 74, 1, 17 ; Aubry et Rau, VII, § 690, note 43 ; Demolombe, Donations, VI, n° 602. — En

sens contraire : Marcadé, IV, art. 1098, n° 5; Boutry, Donations entre époux, n° 451).

Au point de vue des effets du retranchement, on se demande si le 2^e époux peut profiter lui-même de la réduction. On suppose que Primus donne à sa seconde femme Secunda, non point d'une façon générale une part d'enfant, mais une libéralité consistant en une somme d'argent ou un corps certain dont l'importance dépasse le disponible de l'art. 1098. L'avantage étant réduit à cette quotité, l'excédant sera-t-il partagé entre Secunda et les enfants ? Nous pensons que oui.

Troplong (IV, n°s 2706 et 2707) enseigne le contraire, en invoquant :

1^o La tradition : telle était en effet l'opinion de Ricard qui la fondait sur la loi *hoc edictali* et la nov. 23 ch. 7.

2^o L'art. 921 c. civil, d'après lequel les donataires ou légataires ne peuvent, ni demander la réduction, ni en profiter.

En ce qui touche les précédents de notre ancien droit, je réponds que les auteurs n'étaient pas d'accord. Renusson soutient que le conjoint donataire doit venir au partage des biens retranchés. Ricard prétend le contraire. Quant à Pothier, s'il semble s'assimiler l'opinion de Ricard qu'il rapporte sans la critiquer, dans son traité du contrat de mariage, au n° 594, il se rattache nettement à l'opinion de Renusson dans son traité des donations entre-vifs, sect. 3, art. 7, § 4. On voit donc que les précédents historiques sont loin d'être décisifs contre notre solution.

Quant à l'art. 921, il nous semble que Troplong en

fait une fausse application. Le but de Secunda n'est pas du tout de faire prononcer la réduction, ni d'en profiter. Elle se défend simplement contre une réduction excessive, en disant qu'il doit lui rester au moins une part d'enfant.

Bien loin donc que notre solution viole le code civil, c'est le système contraire qui méconnaît l'art. 1098, aux termes duquel l'époux donataire ne peut pas être réduit au-dessous d'une part d'enfant le moins prenant, lorsque d'ailleurs cette part est inférieure au quart des biens, et l'art. 922, aux termes duquel la donation se calcule sur tous les biens, aussi bien ceux qui ont été donnés que ceux qui existent encore au moment du décès.

Supposons, par exemple, que Primus, marié en secondes noces avec Secunda, vienne à mourir laissant 4 enfants, après avoir légué sa quotité disponible à Secunda, et ayant une fortune de 80. Le disponible ordinaire serait d'un quart, soit 20, et la réserve de 60, ce qui met à 15 la part d'enfant le moins prenant, soit 5 de moins que le disponible ordinaire. Comme Secunda ne peut recevoir plus qu'une part d'enfant le moins prenant, on devra retrancher 5 à son legs. Avec l'opinion de Troplong, ces 5 doivent être attribués aux enfants à l'exclusion de Secunda ; chaque enfant aura ainsi 15, plus le quart de 5, tandis que Secunda, ne touchant que 15, n'aura pas une part d'enfant le moins prenant.

Avec ce procédé on met en réalité 5 en dehors de la masse de la succession, et on calcule le disponible sur 75, dont on donne $\frac{1}{5}$ à Secunda, au lieu de les compter sur

la masse totale, c'est-à-dire sur 80, ce qui revient à violer l'art. 922 (Aubry et Rau, VII, n° 690, note 35 ; Demolombe, Donations, VI, n° 600).

Pour justifier le système contraire, on prétend (Troplong, loc. cit.) qu'en disposant au-delà du disponible permis, Primus a commis une faute dont Secunda est complice et doit supporter la peine en ne prenant pas part dans les biens retirés de la donation.

Tout d'abord, nous répondons qu'il n'y a pas de déchéance sans un texte formel. Or, bien loin de rencontrer un tel texte, nous trouvons dans la loi une décision en sens contraire, celle de l'art. 922 que nous venons de citer.

D'ailleurs, il peut arriver qu'il n'y ait aucune faute, aucune violation de la loi. Il suffit de supposer qu'au moment où elle a été faite, la donation était inférieure à la quotité disponible de l'art. 1098.

3° *Question.* Faut-il pour le calcul du disponible entre époux, réunir à la masse les biens que le disposant aurait donnés à un enfant en avancement d'hoirie ?

Primus, veuf avec trois enfants, se remarie avec Secunda à laquelle il lègue une part d'enfant, tout en faisant une donation non précipitaire de 10 à un de ses enfants ; puis il meurt laissant une fortune de 90. Il faut supposer des libéralités non précipitaires ; autrement, il faudrait les déduire de la masse, conformément à ce que nous avons vu plus haut en étudiant le concours du disponible ordinaire avec le disponible de l'art. 1098.

Nous pensons que Secunda, le conjoint gratifié, peut demander la réunion à la masse de ces libéralités non préciputaires pour le calcul du disponible spécial. Ainsi on réunira dans notre espèce 10 à 90, ce qui fera une masse totale de 100 sur laquelle on calculera une part d'enfant le moins prenant, soit 25, pour l'attribuer à la seconde femme Secunda. Au contraire, si on ne tenait compte que des biens existants au décès, la femme n'aurait que le quart de 90, soit 22,5.

On objecte que le rapport n'est pas dû au légataire, mais seulement au cohéritier (art. 857). C'est vrai, mais la femme ne demande pas à concourir sur les 10 qui sont rapportés et à en prendre une part. Il s'agit d'une simple imputation de la libéralité de 10 sur la part héréditaire de l'enfant. L'art. 922 exige, en effet, la réunion de tous les biens donnés aux biens existants lors du décès. Donc c'est sur 100 et non sur 90 que doit être calculée la part d'enfant qui doit être attribuée à la femme.

On appliquerait la même observation s'il s'agissait d'une donation faite par Primus à un étranger ou à un de ses enfants par préciput. La réduction appliquée à cette libéralité devrait être réunie à la masse pour déterminer la part d'enfant dont Secunda est légataire (Aubry et Rau, VII, § 690, note 34 ; Demolombe, Donations, VI, n^{os} 594, 597).

Remarquons, d'ailleurs, que la réunion ne saurait avoir lieu que fictivement et non réellement. Primus, qui a légué à sa seconde femme Secunda une part d'enfant, et qui a donné 10 en avancement d'hoirie à l'un de ses trois

enfants (nous supposons que l'un au moins de ces enfants est du premier lit) vient à mourir laissant à son décès une somme de 2. La femme devra se contenter de ces 2, bien qu'ils ne représentent pas le quart de la masse active qui est de 12. Autrement elle profiterait du rapport des 10 ; ce rapport serait réel et non plus fictif, résultat que nous considérons comme contraire à l'art. 857, aux termes duquel le rapport n'est pas dû au légataire, mais seulement au cohéritier (Boutry, Donations entre époux. n° 453 ; Paris, 9 juin 1836, S. 36. 2. 354).

Même raisonnement et même solution si celui qui a fait une donation à son conjoint vient à mourir ne laissant pas d'enfants du premier lit, mais seulement des enfants communs. Il a été jugé en ce sens, que les biens donnés en avancement d'hoirie par l'époux, même pour dot à l'enfant commun, doivent être réunis fictivement à la masse pour déterminer l'importance du disponible en faveur de l'autre époux (Orléans, 1^{er} février 1883, D. 85. 2. 104).

CHAPITRE II

Du cas où le donateur a disposé à la fois au profit de son conjoint et d'un étranger

Lorsque des donations ont été faites à la fois au conjoint et à un étranger, il faut distinguer selon qu'elles sont consécutives ou simultanées.

1^{er} Cas : les donations sont consécutives. Sous-distinguons :

a). Si la libéralité à l'époux est la première en date, et qu'elle ait été faite pendant le mariage, on peut considérer la seconde donation comme constituant une révocation totale ou partielle de la première. Cette révocation est parfaitement licite d'après l'art. 1096, et elle peut être aussi bien tacite qu'expresse.

Au reste, il y a là une question d'intention à apprécier. Rien n'empêcherait le juge de décider qu'en fait le donateur n'a pas voulu par la donation postérieure révoquer la libéralité antérieure, et dans ce cas-là on appliquera les règles du cas suivant.

b). Supposons que les deux donations consécutives soient irrévocables. On appliquera la règle générale de l'art. 923, d'après laquelle « la réduction se fait en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes ».

c). S'il s'agit d'une donation et d'un legs, on appliquera une autre disposition générale du même art. 923 aux termes de laquelle « il n'y a jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ».

2^e Cas : les libéralités sont *simultanées*. Ce cas comprend : 1^o l'hypothèse de donations faites à la même date, 2^o celle de legs, qui, quoique contenus en des testaments différents, sont réputés avoir une date unique, celle du décès du testateur.

Dans ce cas il faut, aux termes de l'art. 926, appliquer la réduction au marc le franc. Mais cette décision rencontre une sérieuse objection. Il s'agit, en effet, de libéralités qui peuvent ne pas être identiques, ni en nature ni en quantité. Or, la solution de l'art. 926 suppose que les libéralités qu'il s'agit de réduire, sont toutes de même nature, et que tous les légataires ont des droits égaux sur les valeurs qui doivent être distribuées entre eux. Cela se conçoit très-bien quand il s'agit du disponible ordinaire ; on fait alors masse de tous les biens, et chacun des légataires vient y prendre part au marc le franc. Mais cette décision est, dit-on, impossible, quand on veut appliquer concurremment les deux disponibles (Laurent, XV, n^o 380).

Supposons, pour bien montrer la difficulté, qu'aucun des donataires, l'époux et l'étranger, n'a reçu plus que son disponible propre, et que dès lors, la nécessité de la réduction tienne à la réunion des deux donations. On procédera de la façon suivante : L'un quelconque des donateurs ou légataires, A, par exemple, prélèvera ce qui

forme pour lui le disponible spécial, et inaccessible à l'autre donataire B, soit comme quantum, soit comme nature. La part de A étant ainsi diminuée, les deux libéralités se trouvent placées sur la même ligne, et on appliquera la réduction proportionnelle au marc le franc. Montrons, dans quelques espèces, l'application de cette formule.

1° Primus, qui laisse un enfant d'un premier lit, a donné un quart en propriété à sa seconde femme Secunda, et moitié en propriété à un étranger, Tertius; en un mot, il a donné à la fois le disponible ordinaire de l'art. 913 à l'étranger Tertius, et le disponible spécial de l'art. 1098 à sa femme Secunda.

Les deux disponibles sont ici de même nature, c'est-à-dire qu'ils portent l'un et l'autre sur de la pleine propriété. Mais ils diffèrent par la quotité. Cependant, les deux dispositions ne doivent pas dépasser ensemble la moitié du patrimoine. Nous prélèverons d'abord $\frac{1}{4}$ en propriété pour l'attribuer exclusivement à l'étranger Tertius, car c'est là un disponible spécial inaccessible à l'autre donataire Secunda. Sur l'autre quart resté libre, Tertius et Secunda concourent avec droits égaux, puisqu'il leur a été donné à chacun un quart, et que le seul disponible libre est d'un quart. Conformément à l'adage « *concurso partes fiunt* », ils auront droit chacun à un huitième. Finalement, Secunda aura $\frac{1}{8}$ et Tertius $\frac{3}{8}$.

2° Primus, qui laisse 3 enfants communs, a donné à sa femme Prima, $\frac{1}{4}$ en propriété et un quart en usu-

fruit, qui constitue ce qui lui est propre dans le disponible. Quant au quart restant, elle subira le concours de Tertius, et chacun d'eux arrivant à ce quart avec des droits égaux en touchera la moitié, soit le huitième de toute la succession. Finalement, Prima aura $\frac{1}{4}$ en usufruit, plus $\frac{1}{8}$ en propriété, et Tertius aura $\frac{1}{8}$ en propriété.

3° Primus laisse pour réservataires son père et sa mère, ou d'une façon plus générale, des ascendants dans chacune des deux lignes paternelle et maternelle. Il a donné à sa femme Prima — il importe peu qu'il s'agisse de sa première ou de sa seconde femme — moitié en propriété et moitié en usufruit, et à un étranger, Tertius, il a donné la moitié en propriété.

La moitié en usufruit constitue un disponible spécial que Prima seule pouvait recevoir : elle prélèvera donc cette valeur. Dès lors on ne se trouve plus en présence que du disponible ordinaire à savoir la moitié en propriété, et il y a deux donataires pour le prendre. Chacun étant appelé avec égalité de droits, cette moitié se partagera entre eux, ce qui fera un quart pour chacun. Finalement Tertius aura $\frac{1}{4}$ en propriété, et Prima $\frac{1}{4}$ en propriété et la moitié en usufruit.

4° Primus ne laisse qu'un enfant commun. Il a légué à sa femme Prima $\frac{1}{4}$ en propriété et $\frac{1}{4}$ en usufruit, et à un étranger Tertius la moitié en propriété.

Appliquant toujours notre même système, nous dirons que Tertius doit prélever cette partie du disponible que lui seul pouvait recevoir, et qui n'est pas accessible à Prima, soit $\frac{1}{4}$ en nue-propriété. Restent libres un quart

en pleine propriété et un quart en usufruit. Prima et Tertius viendront en concours sur cette partie, et, comme ils ne peuvent l'avoir chacun en totalité, ils subiront une réduction proportionnelle pour laquelle on évaluera les deux usufruits.

Tel est le système suivi par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 janvier 1869 (D. 69, 1, 10) dans une hypothèse à peu près semblable.

Une femme Prima avait donné à son mari Primus l'usufruit de tous ses biens, et cette donation s'était trouvée réduite à moitié par suite de l'existence d'un enfant commun. Il y avait également des legs en toute propriété tant au profit du conjoint que d'étrangers. Donc les deux dispositions se trouvaient dépassées. A la mort de la donatrice, il fallut procéder à la réduction. La Cour d'Orléans, raisonnant comme nous venons de le faire, décida par arrêt du 15 février 1867 que les légataires devraient prélever un quart de la nue-propriété pour eux seuls, et que l'autre quart de propriété devrait être partagé entre ces mêmes légataires pour le surplus de leurs droits. et le mari. La Cour de Cassation à laquelle fut soumis cet arrêt, confirma cette solution. Elle décida que Prima pouvait, après déduction de la donation faite à Primus de moitié en usufruit, donner à des tiers la moitié de ses biens en nue-propriété, « savoir : soit de la dite moitié en faveur de légataires étrangers, soit d'une fraction quelconque de ce restant disponible à leur profit, et d'une autre fraction au profit de son conjoint ; mais qu'en pareille hypothèse celui-ci n'a rien à prétendre dans le restant disponible en

dehors de la fraction qui ajoutée à l'usufruit de moitié des biens atteindrait la limite extrême de l'art. 1094 ».

On nous objecte que nous faisons, dans le calcul de la réduction, deux masses distinctes de biens, contrairement à l'art. 926, aux termes duquel, dans le cas où les libéralités testamentaires excèderont soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des dons entre-vifs, la réduction sera faite au marc le franc, nous faisons avec l'avocat général Blanche la réponse suivante. Le législateur suppose dans l'art. 926 que tous ceux qui prendront part aux biens héréditaires ont tous des droits égaux sur les valeurs qui seront mises en distribution. Or, les mêmes motifs ne se retrouvent pas dans notre espèce où parmi les légataires, il y en a qui ont droit à tout ce qui reste disponible, et d'autres qui n'ont droit qu'à une partie de ce disponible. Dès lors l'art. 926 n'est pas ici applicable : *cessante causa, cessat effectus*. Ceux qui ne sont appelés qu'à une partie du disponible, ne sauraient venir en concours au marc le franc sur des biens qui échappent à leurs droits.

On fait encore un autre reproche à notre système. Ces règles de la réduction sont basées sur la volonté présumée du *de cujus*. Or, quand un époux donne à l'autre plus que la quotité de l'art. 1094, il a évidemment voulu lui laisser au moins cette quotité. Notre système, qui lui donne moins, ne méconnaît-il pas l'intention probable du disposant ? Je réponds que rien n'empêchait ce dernier d'exposer sa volonté d'une façon claire et nette, par exemple de lui

léguer la quotité disponible de l'art. 1094, en ajoutant que cette libéralité devrait être exécutée intégralement, par préférence à tous autres legs. Mais, faute de cette indication formelle, l'interprète de la loi est bien obligé, sous peine de tomber dans l'arbitraire, de se référer aux règles posées par le législateur. Or la loi a établi l'égalité proportionnelle entre les légataires : ils devront donc se partager la partie du disponible à laquelle ils sont tous également appelés.

TABLE DES MATIÈRES

DE LA THÈSE ROMAINE

INTRODUCTION

	Pages
PREMIÈRE PARTIE. — Période primitive commençant aux origines de Rome et s'arrêtant peu après la loi Cincia	7
DEUXIÈME PARTIE. — Période classique commençant quelque temps après la loi Cincia et finissant à l' <i>ora- tio Antonini</i>	9
CHAPITRE PREMIER. — Etendue de la prohibition	14
Section I. — A quelles personnes elle s'applique	11
Section II. — Quels actes y sont soumis	16
Section III. — A quels acte la prohibition ne s'applique pas	21
§ 1. — Donations mutuelles	22
§ 2. — Donations de fruits et intérêts	22
§ 3. — Dons et présents d'usage	24
§ 4. — Donations <i>mortis causa</i>	25

§ 5. — Donations pour cause d'exil.....	31
§ 6. — Donations testamentaires.....	32
§ 7. — Donations <i>divortii causa</i>	35
§ 8. — Donation complémentaires des donations <i>ante nuptias</i>	36
CHAPITRE II. — Effets de la prohibition.....	38
TROISIÈME PARTIE. — Règlement établi par le sénatus-consulte rendu sous Septime Sévère et Caracalla.	55
CHAPITRE I. — A quelles personnes s'applique le sénatus-consulte.....	58
CHAPITRE II. — Quelles donations y sont soumises.....	59
CHAPITRE III. — Dans quels cas la donation n'est pas confirmée et demeure nulle	68
CHAPITRE IV. — Du cas où le donateur tombe en captivité, devient <i>servus pœnæ</i> , ou est condamné à la déportation	75
CHAPITRE V. — De l'analogie des donations entre époux avec les donations <i>mortis causa</i>	78
QUATRIÈME PARTIE. — Restrictions particulières apportées au Bas-Empire à la faculté de disposer entre époux lorsque le donateur est marié pour la seconde fois.....	83

TABLE DES MATIÈRES

DE LA THÈSE FRANÇAISE

INTRODUCTION

	Pages
PREMIÈRE PARTIE. — Montant de la quotité disponible entre époux.....	7
CHAPITRE PREMIER. — Cas où il n'y a pas de réservataires.	8
CHAPITRE II. — Cas où les réservataires sont des ascendants.....	10
CHAPITRE III. — Cas où les réservataires sont des descendants.....	15
Section I. — Il n'y a pas d'enfants d'un premier lit.....	45
Section II. — Il y a des enfants d'un premier lit.....	36
§ 1. — Historique ; Edit des secondes noces.....	36
§ 2. — Système du code civil.....	47
Section III. — Il y a des enfants naturels ou adoptifs....	63
DEUXIÈME PARTIE. — Concours des quotités disponibles	67

CHAPITRE PREMIER. — Concours du disponible ordinaire avec le disponible spécial de l'art. 1094.....	70
Section I. — Le disponible spécial entre époux est infé- rieur au disponible ordinaire.....	70
Section II. — Le disponible spécial entre époux est supé- rieur au disponible ordinaire.....	73
§ 1. — Le disposant laisse plus de deux enfants.....	73
§ 2. — Le disposant ne laisse que deux enfants.....	94
CHAPITRE II. — Concours du disponible ordinaire avec le disponible spécial de l'art. 1098.....	97
CHAPITRE III. — Concours des deux disponibles spéciaux des art. 1094 et 1098.....	102
TROISIÈME PARTIE. — Des donations indirectes entre époux.....	105
CHAPITRE PREMIER. — Des donations indirectes propre- ment dites.....	106
CHAPITRE II. — Des donations dissimulées soit par dégui- sement dans un contrat onéreux, soit par interposi- tion de personnes.....	110
Section I. — La donation dissimulée est-elle nulle ou simplement réductible ?.....	111
Section II. — Quelle est la portée d'application de l'art. 1099 ?.....	119
Section III. — Qui peut invoquer la nullité des donations dissimulées ?.....	121
Section IV. — Qui doit prouver la simulation ?.....	122
Section V. — Dans quels cas la loi présume-t-elle l'inter- position de personnes, et quelle est la force de cette présomption ?.....	122

QUATRIÈME PARTIE. — De la réduction des libéralités entre époux.....	129
CHAPITRE PREMIER. — Du cas où le donateur n'a disposé qu'au profit de son conjoint.....	130
1 ^{re} Question. — <i>Quid</i> si la libéralité n'a pas pour ob- jet tous les biens ou une quote-part de tous les biens pris en masse.....	130
2 ^e Question. — Comment a lieu la réduction dans le cas particulier de l'art 1098.....	134
3 ^e Question. — Faut-il, pour le calcul du disponible entre époux, réunir à la masse les biens que le disposant aurait donnés en avancement d'hoirie?	138
CHAPITRE II. — Du cas où le donateur a disposé à la fois au profit de son conjoint et d'un étranger.....	141

POSITIONS

POSITIONS TIRÉES DE LA THÈSE

Droit Romain

1. La question de savoir si la donation *mortis causa* intervenue entre les époux avait un effet rétroactif, était une question de fait que le juge devait résoudre d'après l'intention probable du donateur.

2. Lorsque l'un des époux a construit sur son propre terrain avec les matériaux que lui a donnés son conjoint, et qu'il est impossible de retirer ces matériaux sans démolir le bâtiment, le donateur ou son héritier ne peut les reprendre par l'action *ad exhibendum* : il doit attendre la ruine fortuite de l'édifice pour les revendiquer.

3. En droit classique, lorsque la donation ayant été exécutée en fait, le donataire vendait la chose donnée pour acheter un autre objet qu'il aliénait ensuite, l'époux donateur ou son héritier, en cas d'insolvabilité du dona-

taire, ne pouvait revendiquer ce nouvel objet contre le tiers détenteur.

4. Lorsqu'un mari, afin de gratifier sa femme, charge son propre débiteur de se libérer entre les mains de celle-ci, le débiteur est libéré : le mari a seulement contre sa femme la *condictio* ou même l'action en revendication, selon que les deniers ont été ou non consommés par elle.

5. La confirmation tacite instituée par l'*oratio Antonini* s'applique à toutes les donations, et non pas seulement aux *donationes rerum*.

POSITIONS TIRÉES DE LA THÈSE

Droit Français

1. Dans le cas prévu par l'art. 1094 al. 2, le disposant ne peut donner à son conjoint plus de la moitié en usufruit ; il n'a pas le droit d'évaluer en usufruit le quart en pleine propriété dont ce texte lui laisse la disposition.

2. Le disponible de l'art. 1094 constitue un maximum de rigueur et non un minimum de faveur.

3. Lorsqu'un veuf convole successivement à plusieurs

mariages, il ne peut donner à tous ses conjoints que le disponible de l'art. 1098, c'est-à-dire que le total des dispositions ne saurait dépasser une part d'enfant le moins prenant ni le quart des biens.

4. Lorsqu'un veuf remarié et ayant des enfants de son premier lit, fait une donation à son second conjoint, la réduction opérée à la demande des enfants du premier lit, profite aux enfants du second.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

Droit Romain

1. L'action paulienne était personnelle.

2. L'action dite contre-publicienne ou publicienne rescisoire, n'était pas une action distincte, mais une simple application de l'*in integrum restitutio*.

3. Même sous les *legis actiones* les condamnations ne pouvaient être que pécuniaires.

4. C'est au fonds dominant qu'il fallait s'attacher pour reconnaître si une servitude prédiale était urbaine ou rurale.

Droit Français

1. L'adjudication prononcée à la suite d'une saisie immobilière pratiquée à la requête des créanciers hypothécaires sur le tiers détenteur, ou après le délaissement opéré par lui, n'a pas d'effet résolutoire.

2. La femme dotale peut subroger dans son hypothèque légale.

3. Le droit du preneur à bail est personnel.

4. La femme séparée de biens peut librement aliéner ses meubles à titre onéreux.

Droit Commercial

1. La provision de la lettre de change appartient au porteur.

2. L'adjudication d'un immeuble du failli après union n'emporte pas purge.

Droit Pénal

1. Lorsqu'une affaire soumise à la Cour d'assises se trouve correctionnalisée par suite des réponses du jury, le

droit de statuer sur les circonstances atténuantes reste au jury lui-même, et ne passe pas à la Cour.

2. L'action publique contre un délit ou un crime de suppression d'état, n'est pas paralysée par le silence de l'enfant qui ne veut pas rechercher sa filiation.

Vu : le Président de la thèse,
GARSONNET.

Vu : le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris ,
GRÉARD.

Parthenay. — Imprimerie Raymond.